

## I. ANTECEDENTES

Why should a superpower, in matters of essential national interest, ever subordinate its power of initiation to a system that it does not control and that may even be controlled by our enemies?

Thomas M. FRANK

En forma sucinta, puede decirse que los hechos que dan lugar a la controversia se originan con la caída del presidente Anastasio Somoza —julio de 1979—, por lo que una Junta de Reconstrucción Nacional se instala en el poder a través del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN).

Favorable, en un primer tiempo, al nuevo gobierno sandinista, la actitud del gobierno norteamericano iría progresivamente transformándose. De esta suerte, y en un periodo inicial, en el cual la opinión pública desconoce del todo las operaciones clandestinas llevadas a cabo en territorio nicaragüense directamente por agentes del gobierno norteamericano, éste último, ya de manera abierta, comienza a apoyar a los llamados *contras*, esto es, los combatientes en pie de lucha dentro de Nicaragua (antiguos somozistas y otros) contra la Junta de Reconstrucción Nacional.

En particular, la Corte Internacional de Justicia retiene como un hecho bien establecido, que a fines de 1983 o al comenzar 1984, el Presidente de los Estados Unidos autorizó a un organis-

mo gubernamental de su país, la colocación de minas en los Puer-tos del Bluff, de Corinto y de Puerto Sandino o en la proximidad inmediata de los mismos; en las aguas interiores de Nicaragua o en su mar territorial, por personas retribuidas por dicho organismo y que actuaban bajo sus instrucciones, bajo la supervisión y el apoyo logístico de agentes de los Estados Unidos.

Igualmente, observaría la Corte que ni antes ni después del “mi-nado”, el gobierno norteamericano advirtió en forma pública y oficial a la navegación internacional, la existencia y el empleo de las minas en las zonas portuarias, y que la efectiva explosión de muchas de ellas ocasionó daños personales y materiales cuantiosos, creando, por lo demás, serios riesgos y provocando una fuerte alza en las primas de los seguros marítimos en cuestión.<sup>1</sup>

En cuanto a la demanda de Nicaragua en contra de la viola-ción de su espacio aéreo por parte de Estados Unidos, la Corte constataría que en el curso de un debate llevado a cabo en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (25 de marzo de 1982), el representante norteamericano declaró que era cierto que su gobierno había ordenado sobrevuelos (*undertook overflights*) a una gran altitud con el único objetivo de estar al tanto de las intenciones de Nicaragua, pero que no constituían una amenaza a la paz: “... are not threat to regional peace and stability; *quite the contrary*” (S/PV 2335, p. 8, énfasis añadido).

La Corte señalaría que los vuelos de reconocimiento no cesaron después de 1982 ni tampoco disminuyeron como podía demostrarse por el *background paper* de 1984, añadiéndose a esto los famosos sobrevuelos que generaron los *sonic booms* que fueron de notoriedad pública.

Por último y por lo que respecta a la génesis, desarrollo y acti-vidades de las fuerzas llamadas “contras”, la Corte Internacional de Justicia retiene ciertos hechos relevantes, como por ejemplo el hecho de que en noviembre de 1983, el Senado y la Cámara de Representantes adoptaron un texto de ley, que entró en vigor el

<sup>1</sup> Véase *CII, Recueil des Arrêts. Avis consultatifs et Ordonnance, arrêt du 27 juin 1986, párrafos 75-80.*

8 de diciembre de 1983, y en donde se puede leer la disposición siguiente:

En el curso del ejercicio fiscal de 1984, la *Central Intelligence Agency*, el Departamento de la Defensa, cualquier otro organismo o entidad de los Estados Unidos involucrados en actividades de inteligencia no podrán comprometer o erogar más allá de 24 millones de dólares en total sobre los créditos que les han sido abiertos a fin, o a efecto, de sostener directa o indirectamente operaciones militares o paramilitares emprendidas en Nicaragua por una nación, un grupo, una organización, un movimiento o individuo cualquiera.<sup>2</sup>

Sin duda, el testimonio oral rendido por un antiguo miembro de la CIA (Mr David Mac Michael) ante la Corte, y responsable de las evaluaciones (*Senior Estimates Officer*) del grupo de análisis del *National Intelligence Council*, aportaría elementos importantes de convicción acerca del destino de los fondos y de la intención real del gobierno norteamericano:

Covert operations under the CIA proposal, according to the “National Security Council” (NSC) records are intended to:

Build popular support in Central America and Nicaragua for an opposition front that would be nationalistic, anti-Cuban and anti-Somoza.

Support the opposition front through formation and training of action teams to collect intelligence and engage in paramilitary and political operations in Nicaragua and elsewhere.<sup>3</sup>

### 1. *Justiciabilidad del diferendo*

Invocando las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia planteadas respectivamente por los dos Estados en litigio y en aplicación del artículo 36 del

<sup>2</sup> Intelligence Authorization Act 1984, Section 108. Véase texto original y su versión correspondiente al francés en: *Recueil, op. cit.*, 1986, pp. 55 y 56, párrafo 95.

<sup>3</sup> *Recueil, op. cit.*, pp. 50-59, párrafo 99.

Estatuto de la Corte, Nicaragua sostiene que los Estados Unidos han hecho uso de la fuerza militar y han intervenido en sus asuntos domésticos en violación a su soberanía, a su integridad territorial y a su independencia política.

Por su parte, la aplicación de la Declaración Americana se vio increíblemente confrontada a la voluntad manifestada por éstos, de sustraer su diferendo con Nicaragua de la competencia de la Corte.

El 6 de abril de 1984, menos de tres días antes a la interposición de la demanda nicaragüense, éstos dirigían al secretario general de la ONU, una Nota modificatoria de su Declaración de Aceptación de 1946 y precisaban:

La mencionada «Declaración» (1946) no se aplica a los diferendos en contra de todo Estado de América Central... los cuales serán dirimidos de la manera que podrá ser convenida entre las Partes a los diferendos en cuestión.

...la presente Reserva tomará efecto inmediatamente y permanecerá en vigor por una duración de dos años, a fin de favorecer la prosecución de un proceso regional de arreglo de controversias.<sup>4</sup>

La increíble Declaración norteamericana de 1984 no podía ser compatible en forma alguna con lo estipulado en la Declaración original de 1946; ésta permanece en vigor por cinco años, renovables tácitamente. Partiendo de que los principios de derecho de los tratados se aplican de manera general a la modificación y abrogación de las declaraciones de aceptación de jurisdicción hechas en virtud de la cláusula facultativa, la inusitada Declaración de 1984 debería considerarse nula de pleno derecho.

## 2. Medidas provisionales

La CIJ analiza la demanda de dictar “medidas provisionales” (artículo 41 del Estatuto); al seguir su propia jurisprudencia, la Corte sostiene que las “medidas provisionales” tienen por objeto

<sup>4</sup> Véase Ordonnances, 10 mai 1984 (Mesures Conservatoires). *CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, párrafo 26.

salvaguardar los derechos de las Partes, en espera que la misma dicte su decisión definitiva; existe la presunción razonable de que de no hacerlo, un daño irreparable podría ser ocasionado.

Nicaragua se refiere abundantemente (*Mémoire*) a la jurisprudencia de la CIJ, según la cual nada obliga a ésta a rechazar conocer un aspecto de un diferendo por la sola razón de que éste se configure de otros varios aspectos, ni a rehusarse a cumplir con una tarea esencialmente judicial por la única razón de que la cuestión que se le somete, estuviera estrechamente vinculada con cuestiones de tipo político.

En consecuencia, la CIJ instruye a los Estados Unidos que pongan inmediatamente fin a toda acción que tenga por efecto restringir, bloquear o poner en peligro la entrada o salida de los puertos nicaragüenses, en particular por el sembrado de minas.<sup>5</sup>

Debemos decir que el alcance jurídico de las “medidas provisionales” (artículo 41) ha tenido un buen esclarecimiento en una sentencia de importancia en el conocido Caso Lagrand del 27 de junio de 2001 (Alemania vs. USA).

En este Caso Lagrand, originado por la ejecución de dos ciudadanos alemanes, residentes en el estado de Arizona, la *litis* va a centrarse en el total desconocimiento, por parte de los Estados Unidos, del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Dos hermanos habían sido detenidos, juzgados y condenados a muerte en 1984. Tiempo después serían ejecutados (cámara de gas para uno e inyección letal para el otro) en 1999, sin que en ninguno de los dos casos hubieran sido informados oficialmente y sin dilación, de su indubitable derecho de asistencia y defensa por parte de los servicios consulares alemanes.

En este caso, la Corte va a poner de relieve que ni la anterior Corte permanente de Justicia Internacional ni ella misma, se habían visto nunca obligadas a tener que pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las providencias dictadas en virtud del artículo 41 del Estatuto, mismo que le otorga la facultad de “indicar”

<sup>5</sup> Véase *CIJ, op. cit.*, Recueil, 1984, p. 196.

—si considera que las circunstancias así lo exigen—, las medidas provisionales que debían tomarse a efecto de salvaguardar los derechos de cada una de las Partes.

A este respecto, la corte va a enfatizar que siendo el objeto y fin del Estatuto el permitir a la Corte cumplir con su misión fundamental, que no es otra que el arreglo judicial de los diferendos internacionales mediante desiciones de carácter obligatorio, el artículo 41 tiene, por ende, como finalidad, evitar que la Corte sea obstaculizada para ejercer sus funciones primordiales.

Por lo demás, la Corte añade, a propósito del término “indica”, que el hecho de que no disponga de los medios necesarios para asegurar ella misma la ejecución de las providencias tomadas en virtud del artículo 41, no constituye en modo alguno un argumento válido en contra del carácter absolutamente obligatorio de las mencionadas providencias precautorias.<sup>6</sup>

### 3. *No comparecencia de los Estados Unidos*

La actitud adoptada por el gobierno de los Estados Unidos tendría por resultado poner en operación el artículo 53 del Estatuto, según el cual: “Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor” (“...de lui adjuger ses conclusions”).

Un asunto un tanto particular en el presente caso, es que los Estados Unidos esperaron —para cesar de participar en la instancia— a que se hubiera dictado una sentencia contraria a las tesis que éstos defendían sobre la admisibilidad y la competencia.

No es posible pretender y alegar que la Corte no tendría competencia únicamente para declararse incompetente (“...only to declare that it lacked jurisdiction”). En el curso normal de los acontecimientos, el hecho de comparecer ante una jurisdicción

<sup>6</sup> *CIJ, Recueil* 2001, p. 233. Véase también Lagrand (Allemagne vs. USA), *Ordonnances du 5 mars 1999, Recueil* 1999, p. 363. Arrêt (fond), 27 juin 2001.

implica la posibilidad y aceptación de que el fallo pueda no ser favorable a una u otra de las Partes.

Hay que subrayar que Estados Unidos había sido ya tenido como “Estado Parte” en el diferendo ante la Corte, y por ello le es aplicable el artículo 53 del Estatuto. De acuerdo con la doctrina del *forum prorrogatum*, la voluntad de un Estado de someter un diferendo a la Corte puede resultar no solamente de una declaración expresa, sino de todo “acto concluyente”, en particular del comportamiento del Estado demandado, posterior a la admisión de la Corte.

La parte demandada no puede desconocer su actitud de aceptación previa, y aquí en razón del principio de buena fe o del *estoppel*: “The principle, alternatively called *preclusion* in civil law systems... That a party which has taken a particular position with respect thereto cannot later act inconsistently”.<sup>7</sup>

El hecho de que un Estado pretenda “reservar sus derechos” a propósito de una decisión futura de la Corte y una vez que ésta se ha declarado jurídicamente competente, es a todas luces sin incidencia alguna sobre la validez de la sentencia.

El Estatuto es muy claro en cuanto a que en caso de disputa en relación a si la Corte tiene o no jurisdicción, es ella misma la única que puede decidir, y la decisión será obligatoria, definitiva e inapelable para las Partes en litigio (artículo 36, párrafo VI y artículo 60 del Estatuto de la CIJ).

El Estado que decide *a posteriori* no comparecer, debe aceptar las consecuencias de su decisión unilateral, siendo la primera de ellas, que las diversas instancias del proceso se seguirán sin su participación activa; no obstante permanece “Parte” del juicio y la eventual sentencia que se pronuncie lo vinculará jurídicamente.

El fraseo del Estatuto implica que la Corte debe, al igual que en cualquier otra instancia, adquirir la convicción de que las conclusiones de la Parte que sí comparece están fundadas y motivadas en

<sup>7</sup> Parry y Grant, *Encyclopedic Dictionary of International Law*, New York, Oceana Publications, 1986, p. 113. Véase “Statement on the U.S. withdrawal from the proceedings initiated by Nicaragua in the ICJ”, *International Legal Materials*, vol. XXIX, núm. 1, January 1985, pp. 246-249.

derecho, y hasta donde la naturaleza del caso lo permita, asegurarse que los hechos sobre los cuales las conclusiones se fundamentan están avaladas por pruebas convincentes de pleno derecho.

El principio *jura novit curia*, significa que para decidir que las conclusiones están plenamente basadas en derecho, la Corte no debe apoyarse únicamente sobre los alegatos de las Partes relativos al derecho aplicable, de suerte tal que la ausencia de una de ellas no tenga consecuencias sino relativamente limitadas.

En el presente caso, es cierto, como señala la Corte, que la carga impuesta a la misma Corte se encuentra atenuada por la circunstancia de que los Estados Unidos participaron plenamente en las primeras fases del caso, en el curso de las cuales sometieron ciertos argumentos jurídicos concernientes también al fondo de la *litis*.<sup>8</sup>

#### 4. Admisibilidad y Consejo de Seguridad

En cuanto a la admisibilidad *stricto sensu* de la demanda interpuesta por Nicaragua, el gobierno de los Estados Unidos argumentaba (en cuanto a su no-procedencia), que cada uno de los alegatos de Nicaragua no hacía más que reformular y constatar

<sup>8</sup> Véase *Recueil, op. cit.*, pp. 23-26, párrafos 26-31. S. Rosenne señala: "From the combined effect of article 59 and 60 of the Statute, the judgment creates a «*res judicata*», an expression which the Permanent Court in the *Société Commerciale de Belgique* case explained to mean, that the terms were definitive and obligatory, and were therefore to be executed as they stand, and which the present Court, in the *Barcelona Traction* case indicated as meaning as that the matter is «finally disposed of for good». Véase Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, Netherlands, A.W. Sijthoff-Leyden, 1965, vol II. pp. 623 y 624. En cuanto a la máxima *jura novit curia*, S. Rosenne sostiene que ésta tiene principalmente dos consecuencias: "The first is that what that law is... not a matter of proof by the parties, but of disquisition by the Court. The second is that the Court is not restricted only by the authorities and system of argument developed by the parties, but is *entirely free to conduct its own researches and to reach its own conclusions*", pp. 603 y 604 (énfasis añadido). Sobre la no participación de los Estados Unidos en el fondo de la *litis*, véase Frank, Thomas, "Icy Day of the ICJ", *AJIL*, vol. 79, núm. 2, 1985, pp. 379-384.

Véase Scott, Gary y Craig, Carr L., "The ICJ and Compulsory Jurisdiction: the Case for Closing the Clause", *AJIL*, vol. 81, núm. 1, January 1987, pp. 57-76.



una sola y única afirmación fundamental, consistente en que el gobierno nicaragüense habría hecho un uso ilícito de la fuerza armada y por lo tanto al haber una ruptura de la paz, el conocimiento de ello concernía a otros órganos, pero muy en particular al Consejo de Seguridad en virtud de la práctica internacional y de la misma Carta de Naciones Unidas.

La Corte, que no compartía dicho punto de vista, recordó que el hecho de que una cuestión estuviese sometida al Consejo de Seguridad no le impedía conocer de un caso contencioso, y que incluso los dos procedimientos podían ser llevados a cabo en forma paralela.

El Consejo de Seguridad posee funciones políticas, mientras que la Corte pura y solamente jurisdiccionales; con todo, estas dos funciones llegan a ser complementarias.<sup>9</sup>

Todo conflicto, decía H. Kelsen, es lógicamente justiciable, y la doctrina del carácter injusticiable de los así llamados conflictos políticos, no es más que otro ejemplo de la falacia de declarar que lo políticamente indeseable es lógicamente imposible.

El carácter jurídico o político de una controversia no depende de la “naturaleza” de la controversia, sino, por el contrario, de la naturaleza de las normas que lleguen a ser aplicables a la solución de dicha controversia.<sup>10</sup>

Por si fuera poco, el reconocido juez Manfred Lachs, en su opinión individual, resalta, con justa razón, que el derecho internacional ha adquirido hoy en día una dimensión sin precedentes,

<sup>9</sup> Véase *Arrêt du 26 novembre 1984 (compétence et recevabilité)*, párrafos 94-98. La Corte cita a este propósito, un pasaje de la sentencia de la Corte en el Caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Therán, *CIJ Recueil*, p. 21, párrafo 40: “En el preámbulo de esta segunda Resolución, el Consejo de Seguridad, teniendo expresamente en cuenta la Providencia de la Corte en instrucción de medidas cautelares del 15 de diciembre de 1979; no parece, en forma alguna, que algún miembro del Consejo de Seguridad hubiera pensado que habría podido, o que hubo, alguna irregularidad en el ejercicio simultáneo por la Corte y el Consejo de Seguridad de sus respectivas y particulares funciones. El hecho mismo no tiene nada de sorprendente” (párrafo 93).

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, “Compulsory Adjudication of International Disputes”, *AJIL*, Washington, 1937, pp. 397 y ss.

ya que casi todos los diferendos entre Estados revisten aspectos tanto jurídicos como políticos: la política y el derecho confluyen en casi todo momento.

Los órganos políticos, ya sean nacionales o internacionales, están obligados a respetar el derecho. Si se aplican criterios objetivos, se puede sostener, sin lugar a dudas, que no existe un diferendo que no pueda ser justiciable.

Las posibilidades de un arreglo judicial, como decía Lauterpacht, son infinitas. En el ámbito de la política internacional, todos los conflictos pueden reducirse a diferendos de orden jurídico. El único criterio determinante de la justiciabilidad de un diferendo, no es otro que la voluntad de las Partes en litigio para someterlo al arbitraje del derecho.<sup>11</sup>

### *5. Admisibilidad y Grupo Contadora*

Por otro lado, los Estados Unidos invocaban también como motivo de inadmisibilidad de la demanda nicaragüense, el supuesto incumplimiento relativo al previo agotamiento de todos los recursos establecidos para resolver los conflictos que se desarrollaban en Centroamérica, en particular por lo que se refería al grupo de negociación de “Contadora”.

A este respecto, la Corte recuerda que según su propia jurisprudencia, nada le impedía conocer un aspecto de un diferendo por la simple razón que el mismo presentara otros, como podrían ser los de índole política.

La Corte, en apoyo de su tesis, va a transcribir un importante pasaje del Caso de la Plataforma Continental en el Mar Egeo:

La actitud del gobierno de Turquía podría interpretarse como si se sobrentendiera que la Corte no puede conocer del Caso, en tanto que las Partes continúen negociando y que la existencia de negociaciones presentes, impida a la Corte ejercer su propia com-

<sup>11</sup> Véase Lachs, Manfred, “Separate Opinion”, *CJ, Recueil*, 1986, pp. 158-173.

petencia. La negociación y el arreglo judicial son, el uno y el otro, citados como medios de arreglo pacífico de las controversias en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. La jurisprudencia de la Corte ofrece diversos ejemplos de casos en los cuales negociaciones y arreglo judicial se prosiguieron en un mismo tiempo. Varios casos, el más reciente de los cuales es el llevado a cabo en el «Proceso de prisioneros de guerra pakistaníes», confirman que se puede poner fin a una instancia judicial sin menoscabo de que se estuviesen llevando a cabo negociaciones de tipo diplomático; desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo anterior no puede ser obstáculo alguno al ejercicio por la Corte de su propia e independiente función jurisdiccional.<sup>12</sup>

Por último, la Corte consideró que incluso si el proceso de “Contadora” (¡curiosamente Estados Unidos siempre estuvo ausente del mismo!) constituyera un acuerdo regional en el sentido del capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas —como pretendía el gobierno norteamericano—, estaría de todas formas subordinado a las disposiciones del artículo 103 de la misma Carta: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.<sup>13</sup> Uno de los análisis más rigurosos llevados a cabo sobre el *peacemaking process* del Grupo Contadora, se debe al profesor J. Tacsan, quien llega a la conclusión siguiente:

A general evaluation of procedural expectations in Central America before 1987, shows that no one participant in the Contadora process, except perhaps for the mediators themselves, ever believed that Contadora alone, would successfully implement and monitor and eventual agreement. Indeed, during the best years of Contadora, the Parties continually resorted to the I.G.O. of their

<sup>12</sup> Véase *CIJ, Recueil*, 1978, p. 12, párrafo 29, citado por la Corte en *Recueil*, 1984, p. 440, párrafo 106.

<sup>13</sup> Véase *CIJ Recueil*, 1984, p. 440, párrafo 107.

choice, including the ICJ... In sum, Contadora's negotiating style did not contribute to clarifying procedural uncertainty, *but rather aggravated it to a very dangerous level*.<sup>14</sup>

Todo parece indicar que la pretendida "mediación de intermedicación" del Grupo Contadora, empezó a ser percibida como una intervención de corte injerencista por los mismos países centroamericanos, decidiendo poner fin a la interminable, costosa y riesgosa operación.<sup>15</sup>

#### 6. *Consentimiento del Estado como fundamento exclusivo de la competencia contenciosa*

El gobierno nicaragüense, no habiéndose adherido a la Cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria del Estatuto vigente de la Corte Internacional de Justicia, había sin embargo declarado oficialmente reconocer "como obligatoria y sin condición", la jurisdicción de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el año de 1929, en el momento de suscribir el respectivo Estatuto.

Bajo estas circunstancias Nicaragua se acogió a lo dispuesto por el actual artículo 36, párrafo V, del Estatuto de la Corte:

Las declaraciones hechas de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las Partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, por el periodo que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.

<sup>14</sup> Énfasis añadido. Tacsan, Joaquin, *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, M. Nijhoff Publishers, 1992, p. 118.

<sup>15</sup> Véase, en este sentido, Kauffman Purcell, Susan, "Demystifying Contadora", *Foreign Affairs*, vol. 64, núm. 1, otoño 1985. También, Gómez-Robledo, Alonso, "Le Traité Américain de Règlement Pacifique et la Cour Internationale de Justice", *Annuaire Français de Droit International*, Paris, vol. XLI, 1995, pp. 365-381.

El problema surgiría cuando en los Archivos de la Sociedad de Naciones, y después de una “exhaustiva búsqueda”, no se encontraría ninguna clase de documento que testimoniara la “ratificación” del Estatuto, y cuyo depósito era obligatorio.

De lo anterior, adujo el gobierno norteamericano, se desprende que Nicaragua no había sido jamás Parte del Estatuto de la antigua Corte Permanente en ausencia del documento de ratificación en los Archivos de la S. de N., y por ende no podía aducir en su favor el párrafo V del artículo 36 del actual Estatuto de la CIJ.

Pero por otro lado, Nicaragua firma y ratifica el 6 de septiembre de 1945 la Carta de las Naciones Unidas, y de conformidad con el artículo 93 de su Estatuto: “Todos los miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” (artículo 93, párrafo I).

Tomando esto en cuenta, la Corte advierte, además, que las preocupaciones generales, habiendo presidido en su momento a la transmisión de las competencias de la antigua a la nueva Corte, se apoyaban sobre una voluntad de evitar un retroceso en relación con los progresos avanzados dentro de la vía de la adopción de un sistema de jurisdicción obligatoria y que la lógica de dicho sistema de sustitución “conducía a que produjera la ratificación del nuevo Estatuto exactamente los mismos efectos que habría producido la ratificación del Protocolo de firma del anterior, es decir, en el Caso de Nicaragua, el tránsito del compromiso potencial al compromiso efectivo”.<sup>16</sup>

Esta conclusión, señala la Corte, está corroborada por las publicaciones oficiales de Naciones Unidas (Anuario de la Corte) que dan testimonio de la clasificación de Nicaragua como uno más de los Estados que consienten en la jurisdicción obligatoria de la CIJ en los términos del párrafo V del artículo 36 de su Estatuto; los demás Estados, añade la Corte, tampoco pusieron nunca en duda la veracidad de dichas publicaciones oficiales.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *CIJ, Recueil*, 1984, p. 404, párrafo 27 y p. 408, párrafo 35.

<sup>17</sup> Sin embargo, el eminente jusinternacionalista juez Roberto Ago, en su opinión individual, sostuvo que la CIJ era competente para conocer del Caso,

### 7. *Estados Unidos y la Declaración de Aceptación de la Jurisdicción Obligatoria de la Corte*

La aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, por parte de los Estados Unidos, se basa en el artículo 36, párrafo II, del Estatuto de la Corte, esto es, la llamada “cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria”.

Sin embargo, su Declaración de Aceptación está provista de tres reservas a la misma.

Así, ésta no se aplica a:

- a) Los diferendos cuya solución esté confiada por las partes a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que pudieran concluirse en lo futuro;
- b) Los diferendos relativos a cuestiones pertenecientes, esencialmente a la jurisdicción doméstica de los Estados Unidos de América tal y como ésta sea interpretada por ellos mismos (“as determined by the United States of America”);
- c) Los diferendos resultantes de un tratado multilateral, a menos que: 1) todas las partes en el tratado concernientes a la decisión sean igualmente partes en el caso sometido a la Corte, o que 2) los Estados Unidos de América acepten expresamente la competencia de la Corte.<sup>18</sup>

#### A. *Reserva Connally*

Hay que comenzar diciendo que es un principio esencial, en materia procedimental, que el “juez de la acción es juez de la ex-

pero con fundamento en el artículo XXIX, párrafo II del Tratado Bilateral de Amistad, Comercio y Navegación del 21 de enero de 1956, y no así con fundamento en el artículo 36 del Estatuto. En su opinión, la intención manifestada en 1937 no se tradujo en un compromiso formal, y una obligación que no había nacido a la fecha de la extinción de la CPJI, no podría haber sido “mantenida” después de dicha fecha, pues no se puede mantener aquello que todavía no existe. Véase *CIJ, Recueil*, 1984, pp. 519 y ss. En la Sentencia sobre el fondo del 27 de junio de 1986, el Juez R. Ago reitera su convicción de lo expresado en el fallo del 26 de noviembre de 1984. Véase *CIJ, Recueil*, 1986, pp. 181 y ss.

<sup>18</sup> Véase *Documents Juridiques Internationaux*, Montreal, vol. 3, núm. 1, Janvier 1984, p. 209.

cepción”, o lo que es lo mismo, que el juez tiene la competencia de la competencia.

Sin embargo, países como los Estados Unidos se arrogaron el “derecho” de decidir, por ellos mismos, si un diferendo es de la competencia exclusiva de su jurisdicción nacional; se erigen así en jueces de la competencia de la misma Corte Internacional de Justicia.

La excepción fundamentada sobre esta reserva “presenta un carácter totalmente perentorio”, y obviamente no es susceptible de ser examinada por la Corte. Por ello, a dicha reserva se le denomina “reserva automática” o “reserva Connally”.

Si el demandado se considera juez de la competencia propia de la Corte, el elemento de obligación jurídica se desvanece en su totalidad.

Para Sir Hersch Lauterpacht, una reserva de esta naturaleza no posee ningún valor jurídico y constituye pura y simplemente una condición potestativa, afectada de nulidad absoluta.

Es evidente, decía Lauterpacht, que no se trata de obligación jurídica alguna, y en todo caso no pasa de ser una pobre declaración de principio e intención de carácter meramente político.<sup>19</sup>

Pero por si fuera poco, como ya ha sido señalado, este tipo de reservas del tipo de la original de 1946 de Estados Unidos es bastante “torpe” en el plano de la estrategia jurisdiccional, ya que en la medida en que todas las “declaraciones” están afectadas por una “condición de reciprocidad”, un Estado que contuviera dicha “reserva automática” estaría bastante mal posicionado

<sup>19</sup> El juez Lauterpacht en su opinión individual en el Caso relativo a ciertos empréstitos noruegos sostuvo: « Un acte dans lequel une partie a le droit de déterminer l'existence de son obligation n'est pas un acte juridique valable et exécutoire dont un tribunal puisse connaître. Ce n'est pas un acte juridique. C'est une déclaration de principe et d'intention de caractère politique ». Y más adelante añade: « ...La Cour n'a pas le pouvoir de déterminer si un État agit de bonne foi en prétendant qu'un différend s'applique à une affaire relevant essentiellement de sa compétence interne. Si la Cour agissait ainsi, elle s'arrogerait un pouvoir qui lui a été expressément refusé ». Véase “Affaire relative à certains emprunts norvégiens”, *CIJ, Recueil*, 1957, pp. 48, 52 y 53.

para presentarse como demandante ante la Corte, y se arriesgaría a ser sistemáticamente derrotado; su adversario se encontraría con el debido derecho de considerar que el diferendo en cuestión se encuadra según su propia opinión, dentro de su “jurisdicción nacional” con base obviamente en el principio de reciprocidad.

Tal fue, nada más ni nada menos, el grave percance que le ocurrió a Francia en 1957, en el *Caso de ciertos empréstitos noruegos*: Noruega sencillamente sostuvo ante la Corte que tales empréstitos constituían, en su opinión, una materia que se encuadraba dentro de su propia “competencia nacional”, por lo que la Corte estaba impedida de conocer del asunto. De esta suerte y en razón de la redacción de la Declaración unilateral francesa, la Corte estuvo impedida de conocer el fondo del caso y debió declararse incompetente.<sup>20</sup>

### B. *Reserva Vandenberg*

La reserva Vandenberg, introducida por el senador del mismo nombre en la discusión sobre la Declaración Norteamericana de 1946 de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, se concreta a las controversias resultantes de un tratado multilateral,

<sup>20</sup> Véase Carreau, Dominique, *Droit International*, Paris, Pédone, 1986, Coll. Etudes Internationales, pp. 568-571. Así como Crawford, James, “The legal effect of automatic reservations to the jurisdiction of the International Court”, *The British Year Book of International Law*, 1979, Oxford, Clarendon Press, 1981, pp.63-86. Al parecer, no más de cinco países, con independencia de los Estados Unidos, mantienen la llamada “reserva automática”. México insiste y persiste en ello. En su adhesión a la “cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria” del artículo 36, párrafo II del Estatuto de la Corte, incluye la reserva siguiente: “...La presente declaración, que no es aplicable a los conflictos nacidos de hechos que, en opinión del gobierno de México, corresponden a la jurisdicción interna de los Estados Unidos de México. Tendrá validez por un periodo de cinco años, a partir del 1o. de marzo de 1947, después del cual quedará en vigor hasta la expiración de un plazo de seis meses a partir del día en que el gobierno de México haga conocer su intención de poner fin a ella”. Consultar en Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General. U.N. Doc.St/Ley/Ser.E/2.



a menos de que todas las partes en el tratado implicadas por la decisión, sean igualmente partes en el “affaire” sometido a la Corte, o que Estados Unidos acepten expresamente la competencia de la Corte. Tal reserva fue otra de las importantes excepciones que expresamente sería invocada por el gobierno norteamericano en su litigio en contra de Nicaragua.

El gobierno norteamericano, habiendo advertido que el gobierno nicaragüense habría invocado, en apoyo a su demanda, cuatro tratados multilaterales —la Carta de la ONU; la Carta de la OEA; la Convención de Montevideo de 1933, relativa a los deberes y derechos de los Estados y la Convención de la Habana de 1928, relativa a los derechos y deberes de los Estados en caso de controversias civiles—, concluye que la Corte estaría imposibilitada de ejercer su jurisdicción si todas las Partes incorporadas en los tratados afectados por una decisión de la Corte, no son al mismo tiempo Partes en la instancia procesal en curso.

La Corte declara en su Sentencia del 20 de diciembre de 1984, que la pretendida excepción no poseía un carácter exclusivamente preliminar. Como consecuencia de la revisión de su propio Reglamento en el año de 1972, la Corte se verá impedida para vincular formalmente la excepción al fondo del Caso; por consiguiente, decide, en aplicación del artículo 79, párrafo VII, emprender el examen del fondo, antes de fallar sobre la legalidad de la misma.<sup>21</sup>

La Corte, en forma un tanto sorprendente (al menos para el que esto escribe), va a dar razón al gobierno de Washington en Sentencia de 1986, declarándose “no-competente” para conocer de las violaciones a la Carta de la Organización de Naciones Uni-

<sup>21</sup> En el Reglamento de la Corte revisado en 1972 y en vigor desde el 14 de abril de 1978, se contempla que “La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l’exception, la rejette ou déclare que cette exception n’a pas dans les circonstances de l’espèce, un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l’exception ou déclare qu’elle n’a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure”, “Article 79, paragraphe 7. Règlement de la Cour”, *Actes et Documents Relatifs à l’Organisation de la Cour*, Netherlands, 1978, p. 142.

das, así como a la Carta de la Organización de Estados Americanos, que el gobierno de Nicaragua había invocado en la instancia pertinente.

El gobierno de Washington había centrado toda su argumentación en el ejercicio de la legítima defensa colectiva y la Corte va a considerar la situación de Costa Rica, Honduras y en particular de El Salvador, en favor del cual la legítima defensa se habría supuestamente ejercido.

No obstante lo anterior, hay que subrayar que no por ello la Corte iría a concluir ser no-competente para conocer del diferendo. La reserva Vandenberg, teniendo sólo por objetivo los tratados multilaterales, nada le impedía fallar en relación a las violaciones de derecho internacional consuetudinario imputables eventualmente al gobierno de Washington.

La Corte señaló que no podría en forma alguna rechazar las demandas nicaragüenses fundadas sobre los principios de derecho internacional general y consuetudinario, por el solo motivo, como era el vehemente deseo de Estados Unidos, de que dichos principios hubieran sido retomados por los textos invocados por Nicaragua.

El profesor Joe Verhoven se pregunta, en relación a la reserva Vandenberg, si ésta puede en realidad tener un sentido y significación jurídicos. Pretender que por medio de dicha reserva se proteja a Estados terceros parece a todas luces, no sólo pretencioso, sino lo que es más, superfluo, ya que la relatividad de la *res iudicata* va a preservarlos en toda y cualquier hipótesis.

El caso nicaragüense es a este respecto ejemplar y basta preguntarse, como lo hace J. Verhoven, lo siguiente: ¿Seriamente, podría sostenerse que la Corte no sería competente, salvo condición de que fuesen Partes en el juicio de todos los Estados miembros de la ONU, ya que lo que se invocaba era precisamente la Carta de Naciones Unidas?

Llevando las cosas al extremo, todo ello equivaldría a nulificar en forma absoluta la jurisdicción de la Corte, ya que prácticamente no existe hoy en día un conflicto, controversia o diferendo,

en que directa o indirectamente, no pueda ser puesta en entredicho o invocada la Carta misma de las Naciones Unidas.

Sea de ello lo que fuere, y como se vio en su momento, los Estados Unidos en primera instancia rechazarían la jurisdicción de la Corte el 18 de junio de 1985, para en forma definitiva dar por terminada su adhesión a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria del artículo 36, fracción II del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Todo ello como consecuencia de la Sentencia de la Corte del 26 de noviembre de 1984, en donde se declaraba competente para admitir la demanda nicaragüense y conocer del fondo de la controversia.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Véase Verhoven, Joe, "Le droit, le juge et la violence: les arrêts Nicaragua c. États-Unis", *Révue Générale de Droit International Public*, t. 91, núm. 4, 1987, pp. 1159-1239). Por su parte y con la misma seriedad y lucidez, el conocido profesor de Cornell, Herbert W. Briggs, señala: "...The Court was correct in holding that the Vandenberg multilateral treaty reservation was no bar *in limine litis* to consideration of Nicaragua's claims, but it appears unfortunate that the Court dismissed it as not exclusively of a preliminary character rather than holding, for example, that *is not the function of the Court to make sense out of a reservation that by its terms is nonsensical*... Such a reservation is not consistent with the Statute" (Briggs W., Herbert, "Nicaragua vs. United States, Jurisdiction and Admissibility", *AJIL*, vol. 79, núm. 2, April 1985, p. 378. Énfasis añadido).

Por su parte, Anthony D'Amato advierte que si el día de mañana los Estados Unidos quisieran adherirse de nuevo a la jurisdicción contenciosa de la Corte, lo hagan omitiendo totalmente las funestas reservas Connally y Vandenberg: "Whatever the United States might reserve in a new declaration, a bright new dawn for American support of the international rule of law would be signalled if the Connally and Vandenberg reservations were scuttled [*sic*]". D'Amato, Anthony, "The United States Should Accept, by a New Declaration the Generally Compulsory Jurisdiction of the Court", *AJIL*, vol. 80, núm. 2, April 1986, pp. 331-336.

En el Boletín expedido por el Departamento de Estado se pueden leer pasajes de una inverosimilitud que rayan más allá de lo inimaginable. Señalando, *inter alia*, que en los últimos años las organizaciones internacionales han venido politizándose cada vez más en contra de los legítimos intereses de las democracias occidentales, se añade: "...It would be a tragedy if these trends were to infect the ICJ. We hope this will not happen, because a politicized Court a serious, respected institution..., we must declare our firm conviction that the course of which the Court may now be embarked could do enormous harm to

### C. *Sentencia de 1984*

De esta suerte, la Corte Internacional de Justicia emitiría el 26 de noviembre de 1984 su sentencia, en el sentido de:

- a) Poseer competencia y jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por la República de Nicaragua el 9 de abril de 1984, sobre la base del artículo 36, párrafos II y V de su Estatuto, y
- b) Poseer competencia y jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por la República de Nicaragua el 9 de abril de 1984, en la medida en que ésta se refiere a un diferendo concerniente a la interpretación o aplicación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado en Managua el 21 de enero de 1956 sobre la base del artículo XXIV del Tratado.<sup>23</sup>

### D. *Derecho aplicable*

Más adelante la Corte se va a preguntar cuál debería ser el derecho que tiene que abordar en forma concreta, aplicable al presente diferendo.<sup>24</sup>

En su sentencia del 26 de noviembre de 1984, la Corte sostuvo que no podía rechazar las demandas nicaragüenses basadas en los principios de derecho internacional general y consuetudinario, por el solo motivo de que dichos principios eran retomados en los textos de las convenciones invocadas por Nicaragua.<sup>25</sup>

it as an institution and to the cause of international law [*sic*]. "Statement on the U.S. withdrawal from the Proceedings initiated by Nicaragua in the International Court of Justice", *International Legal Materials*, vol. XXIV, núm. 1, January 1985, pp. 246-249.

<sup>23</sup> Véase *CIJ, Recueil*, 1984, pp. 442 y ss. A este respecto sobre la jurisdicción y admisibilidad de la demanda nicaragüense, véase: H. W. Briggs, "Nicaragua vs. United States: Jurisdiction and admissibility", *American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, pp. 373-378.

<sup>24</sup> *CIJ, Recueil des Arrêts*, 1986, p. 92, párrafo 172.

<sup>25</sup> Véase *Recueil des Arrêts*, 1984, pp. 424 y 425.

El hecho de que tales principios sean codificados o incorporados en las convenciones multilaterales, no quiere decir que cesen de existir y aplicarse en tanto que principios de derecho consuetudinario, incluso frente a países que son Partes en dichas convenciones.

Por último, subrayó la Corte, principios como los de no-recurso a la amenaza o uso de la fuerza, el de no-intervención, el del respeto de la independencia e integridad territorial de los Estados y el de la libertad de navegación, conservan todos ellos un carácter obligatorio en tanto que elementos de derecho internacional consuetudinario...<sup>26</sup>

Por el contrario, dice la Corte, todo parecería indicar que para los Estados Unidos, la enunciación de los principios en la Carta de las Naciones Unidas prohíbe admitir que reglas semejantes puedan poseer una existencia autónoma en el Derecho internacional consuetudinario, ya sea que ellas hayan sido incorporadas a la Carta, ya sea que las disposiciones de la Carta hayan influenciado la adopción ulterior de las reglas consuetudinarias con un contenido correspondiente.

## II. EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

The United States has nothing to seek in Central and South America except the lasting interests of the peoples of the two continents.

Statement of Woodrow Wilson,  
March 11, 1913.

### 1. *Norma convencional y norma consuetudinaria*

A continuación, la Corte se va a avocar a un análisis fino y difícil del proceso consuetudinario.

<sup>26</sup> *CIJ, Recueil*, 1984, pp. 424 y 425, párrafo 73.

La Corte sostiene que no considera que en los ámbitos jurídicos relevantes en el presente caso, le sea posible considerar que todas las reglas consuetudinarias susceptibles de ser invocadas poseen un contenido exactamente idéntico al de las reglas contempladas en las convenciones en donde el juego de la “reserva” de los Estados Unidos prohíbe su aplicabilidad.

Sobre varios puntos, los ámbitos reglamentados por las dos fuentes del derecho no llegan a empalmarse en forma exacta y las reglas substantivas que las expresan no tienen un idéntico contenido.

Más aún, incluso cuando una norma convencional y una norma consuetudinaria relevantes para el litigio presente llegaren a tener el mismo contenido, la Corte no vería por ello, una razón para considerar que la intervención del proceso convencional debería necesariamente hacer perder a la norma consuetudinaria su distinta aplicabilidad.<sup>27</sup>

Por lo que concierne a la identidad sugerida de dos áreas cubiertas por las dos fuentes del derecho, la Corte observa que tratándose de la Carta de Naciones Unidas, sobre la cual los Estados Unidos fundan principalmente su argumentación, bien lejos de pretender que cubre la totalidad del ámbito de la reglamentación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la Carta reenvía ella misma, sobre un punto esencial, al derecho consuetudinario preexistente; esta referencia está expresada por el texto mismo del artículo 51 de la Carta de la ONU, al mencionar el derecho inmanente (*droit naturel; inherent right*) de legítima defensa individual o colectiva, al cual ninguna disposición de la Corte puede llegar a menoscabar y que cobra efecto en caso de ataque armado.<sup>28</sup>

La Corte constata así que el artículo 51 de la Carta no tiene sentido más que a condición de existir un derecho de legítima

<sup>27</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, pp. 82-84.

<sup>28</sup> H. Kelsen es de la opinión que el hecho de que se hable de “inherent right” es fruto de una mera opinión teórica del legislador... “which has no legal importance”. Kelsen, H., *The Law of International Nations: A Critical Analysis*, Frederick A. Prager Inc., 1951, pp. 791 y 792.

defensa (individual o colectivo), “natural” o “inherente” o “inmanente”, donde sería harto difícil pretender que no poseyera naturaleza consuetudinaria.

Pero, además, la Carta no reglamenta directamente la substancia en todos y cada uno de sus aspectos. Por ejemplo, la Carta no contiene la regla específica, según la cual la legítima defensa no justificaría más que la toma de medidas proporcionadas a la agresión armada sufrida y necesariamente sólo para repelerla. Otra muestra más de una norma de derecho consuetudinario. El derecho internacional consuetudinario continúa siempre existiendo de forma paralela al derecho convencional.

La Corte continúa con el desenmarañamiento del intrincado proceso consuetudinario, y afirma que numerosas razones conducen a considerar que, incluso si dos normas provenientes de dos fuentes de derecho internacional aparecen idénticas por su contenido, e incluso si los Estados considerados están vinculados por las reglas en cuestión sobre el plano convencional como consuetudinario, esas mismas normas van a conservar una distinta existencia. Esto es así desde el punto de vista de su aplicabilidad.

En un diferendo jurídico que involucre a dos Estados, uno de ellos puede hacer que la aplicabilidad a su propia conducta de una regla convencional dependa de la conducta del otro Estado a propósito de la aplicación de otras reglas sobre materias diferentes, pero incluídas en la misma Convención.

Por ejemplo, dice la Corte, si un Estado ejerce su derecho de suspender la ejecución de un Tratado o de poner fin al mismo porque el otro Estado Parte ha violado (artículo 60, párrafo III b, de la Convención de 1969 sobre Derecho de los Tratados) “una disposición esencial para la realización del objeto y fin del tratado”, está dispensado de aplicar una regla convencional *vis-à-vis* al otro Estado, en razón del incumplimiento a una regla convencional diversa cometida por éste.

Ahora bien, si las dos reglas en cuestión existen igualmente en derecho internacional consuetudinario, el hecho de que uno de

los Estados no haya aplicado una, no justifica que el otro Estado se rehúse a aplicar la segunda.<sup>29</sup>

## 2. Reglas de apariencia idéntica

Por lo demás, es cierto que reglas idénticas en derecho convencional y en derecho internacional consuetudinario se distinguen también desde el punto de vista de los métodos empleados para su interpretación y su aplicación.

Un Estado puede aceptar una regla contenida en una Convención no simplemente porque es favorable a la regla en cuestión, sino porque además de ello, las instituciones o mecanismos previstos para asegurar el respeto de las reglas de dicha Convención le parecen oportunas para su implementación.

Si la regla de que se trata corresponde a una regla consuetudinaria, dos reglas de mismo contenido son tratadas de forma diferente, por lo que toca a los órganos encargados de controlar su instrumentación, dependiendo de que una de ellas sea consuetudinaria y la otra de tipo convencional.

Es claro, pues, continúa enfatizando la Corte, que las reglas de derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas a la de derecho internacional convencional, aún y cuando las dos categorías de derecho posean un idéntico contenido.

En consecuencia, al determinar el contenido de derecho internacional consuetudinario aplicable al Caso presente, la Corte deberá asegurarse que las Partes están vinculadas por las reglas consuetudinarias en cuestión. Pero nada la va a obligar a retener

<sup>29</sup> Merece citarse la opinión disidente del juez Azevedo en el Caso del Derecho de Asilo: “Mais admettons qu’il faille revenir à la théorie pure de l’autonomie de la volonté et reste ainsi en dehors de toute action directe de la coutume parallèlement à celle des traités en une fonction que normalement s’exerce *praeter legem*. On ne pourrait quand même pas écarter une si profonde action coutumière en tant que facteur prépondérant, pour l’interprétation de tout texte adopté sur le même sujet, surtout si cette action présente un caractère de réciprocité”. Véase *Affaire du Droit d’Asile, CIJ, Recueil*, 1950, p. 339.



esas reglas, sólo cuando las mismas difieran de las convencionales y cuando la “reserva” americana impida aplicar a la presente controversia.<sup>30</sup>

Aquí parece más que pertinente puntualizar que lo que podríamos llamar la “costumbre contemporánea” apunta menos a tratar de revertir un orden jurídico (por ejemplo, la famosa “coutume sauvage”) y más a responder a las nuevas necesidades de los Estados en función de la evolución de la sociedad internacional.

Son dos modos de producción normativa, uno de los cuales apareció con anterioridad, pero actualmente coexisten plenamente. Ciertamente y como consecuencia lógica, la apreciación de la formación de una costumbre deja lugar a más dudas e interrogantes, mucho más que en el pasado, sencillamente porque el proceso de creación se ha venido configurando en forma distinta en los últimos tiempos (ejemplo: baste pensar en la gran cantidad de casos de delimitación marítima y todas las complejidades del caso).<sup>31</sup>

### 3. Elementos clásicos de la norma consuetudinaria

Debe constatar, a través de estos diferentes procesos, que el recurso a los dos elementos clásicos de una “práctica reiterada” y de una *opinio iuris*, para explicar la formación misma de la regla consuetudinaria, será siempre y en todo lugar indispensable; pero tal parecería que la implementación ha venido a complicar, por así decirlo, todo el panorama.

En cierta forma, esos dos elementos se han visto necesariamente “entreverados”, ya que la *opinio iuris* no se expresa más que a través de una cierta práctica de los sujetos de derecho, es decir, a través de actos que ellos mismos han adoptado.

<sup>30</sup> CIJ, *Recueil*, *op.cit.*, párrafos 178 y 179.

<sup>31</sup> Véase Gómez-Robledo, Alonso, *Jurisprudencia internacional en materia de delimitación marítima*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, *passim*.

Y, paradójicamente, si uno quisiera tratar de disociarlos, nos daríamos cuenta de que en ocasiones la práctica es predecesora y en ocasiones ésta es posterior a la *opinio iuris*.

Esta última, la *opinio iuris*, adopta además formas totalmente diferentes, ya que, por un lado, parece emparentarse con una suerte de *consensus* no rígido y multiforme, cuando está formulada a través de resoluciones generales, en tanto que por otro lado, parece devenir un acuerdo, una voluntad deliberada, cuando existe una *práctica inmediata*.<sup>32</sup>

#### 4. *Constitución de una norma consuetudinaria*

Habiendo llegado la Corte a la anterior conclusión, pasa ahora a identificar las reglas de derecho internacional consuetudinario aplicable a otra parte de la controversia *sub iudice*.

La Corte va a recordar, para comenzar, el caso de la delimitación de la Plataforma Continental de 1985:

It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and

<sup>32</sup> Es conocida la postura de Kelsen, demostrando que sería imposible, bajo pena de incoherencia doctrinal, considerar la *opinio iuris*, como un elemento de formación de la costumbre. Si se suscribe esta idea, la costumbre se formaría por una práctica que engendraría, poco a poco, una *opinio iuris*, lo que a su vez implicaría entonces que la costumbre se configura “por error”. Lo anterior sería así, ya que la expresión de la primera *opinio iuris* es necesariamente expresión de un error, ya que ésta traduce el sentimiento de que la regla es obligatoria, en tanto que en realidad no existe todavía por la ausencia justamente de una *opinio iuris* anterior. Ver Kelsen, H., *Théorie Pure du Droit*, París, Dalloz, 1982, pp. 304-308.

Un excelente estudio es el del profesor J. A. Barberis, *La coutume est une source de droit international?*, *Mélanges*, Homenaje a Virally, 1991, pp. 43-52.

La obra ya clásica del profesor Anthony D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, continúa siendo una obra esencial para la comprensión del proceso consuetudinario. Dice A. D’Amato: “The argument that treaties are no different from other types of acts and articulations making up custom may perhaps appear unnecessarily radical. It might have been more prudent to say that some treaties indicate a tendency in this direction. However, the evidence does not seem to support such a qualification, and thus it could not be made”, p. 272.

*opinio iuris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom or indeed in developing them.<sup>33</sup>

Sobre este punto, la Corte no debe perder de vista la Carta de Naciones Unidas, ni la de la Organización de Estados Americanos, a pesar de la entrada en juego de la “reserva” relativa a tratados multilaterales (Estados Unidos y su “invencible” reserva).

La Corte no piensa, en forma alguna, que para poder aseverar que una regla ha sido consuetudinariamente establecida como tal, la práctica correspondiente debe estar rigurosamente conforme a dicha regla.

Parece suficiente a la Corte, y con razón, que para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, los Estados deban conformar su conducta de una manera general y que traten ellos mismos los comportamientos *no-conformes* a la regla en cuestión como violaciones de ésta, y nunca como manifestaciones de reconocimiento eventual de una nueva regla. ¡Ésta es una puntualización de la Corte sin duda excelente, teórica y prácticamente!<sup>34</sup>

### 5. Principio de no uso de la fuerza

La Corte ha constatado que las Partes están de acuerdo en considerar que los principios relativos al empleo de la fuerza que figuran en la Carta de Naciones Unidas corresponden, en lo esencial, a aquellos que se encuentran en el derecho internacional consuetudinario.

<sup>33</sup> “Continental Shelf (Lybian, Arab, Malta)”, *ICJ, Reports*, 1985, pp. 29 y 30, párrafo 27.

<sup>34</sup> El Juez Azevedo, en el Caso sobre el Asilo, sostuvo: “There is no need to go into the matter of the derogative action of treaties upon custom, nor into the question of compatibility of the two sources of law. It will be sufficient to emphasize that treaties often embody principles already established by custom, and thus have a declaratory effect with regard to customary rules...”, “Asylum Case. Dissenting Opinion”, *ICJ, Reports*, 1950, p. 337.

Las Partes están así conformes, una y la otra, de que el principio fundamental en esta materia se expresa por los mismos términos utilizados en el artículo 2o., párrafo IV, de la Carta.

Por ende, ellas aceptan, como una consecuencia lógica, una obligación convencional de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de la amenaza o empleo de la fuerza, ya sea en contra de la integridad territorial o la independencia política de todo Estado, o ya sea de cualquier otra manera incompatible con los fines de las Naciones Unidas.

Sin embargo y de cualquier forma, la Corte debe asegurarse de la existencia, en el derecho internacional consuetudinario, de una *opinio juris* relativa al valor obligatorio de una abstención de tal naturaleza.

Esta *opinio iuris* puede deducirse, entre otras, aunque con la necesaria prudencia, de la actitud de las Partes y de los Estados frente a ciertas Resoluciones de la Asamblea General, principalmente de la famosa Resolución 2625 (XXV): “Declaración relativa a los principios de derecho internacional tocante a las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados que conforman la Carta de Naciones Unidas”.

La validez en derecho consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza —artículo 2o., párrafo IV— de la Carta de Naciones Unidas, encuentra varias confirmaciones, entre otras, el hecho no menor, de que los Estados lo mencionen con gran frecuencia no sólo como un principio de derecho internacional consuetudinario, sino también como un principio fundamental o esencial (*cardinal principle*) de dicho derecho.

En los trabajos preparatorios de codificación de Derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional expresó la valiosa opinión de que el Derecho de la Carta concerniente a la prohibición del empleo de la fuerza constituía en sí un ejemplo conspicuo de una regla de derecho internacional, poseyendo naturaleza, nada menos, que de *ius cogens*.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Annuaire de la Commission*, 1966, vol. II, p. 270. A propósito del *ius cogens*, la profesora ginebrina Krystina Marek sostiene: “La superioridad de

Tratándose de ciertos aspectos particulares del principio en cuestión, será necesario distinguir entre las formas, las más graves del empleo de la fuerza —aquellas que constituyen una agresión armada— y de otras modalidades menos graves.

La Resolución XXV de la Asamblea General, del 24 de octubre de 1970, adoptada por los Estados como la formulación de los principios fundamentales que deben regir las relaciones internacionales, es otro buen ejemplo para nuestro propósito: citemos sólo dos párrafos:

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o alentar la formación de fuerzas irregulares, o de bandas armadas, principalmente de mercenarios, con vistas a incursionar en el territorio de otro Estado.

Todo Estado debe abstenerse de organizar, ayudar, fomentar, financiar, alentar o tolerar actividades armadas subversivas o terroristas destinadas a derrocar por la violencia el régimen de otro Estado, así como de intervenir en las luchas intestinas de un tercero.<sup>36</sup>

## 6. Derecho a la legítima defensa y Carta de la OEA

Debe quedar claro que en el caso de la legítima defensa individual, dicho derecho no puede ejercerse más que si el Estado interesado ha sido víctima directa de una agresión armada; en caso de “legítima defensa colectiva”, se aplica exactamente lo mismo.

las normas de *ius cogens* no consiste en que no puedan ser violadas legalmente, ya que lo mismo puede decirse de todas las normas jurídicas, tanto imperativas como impositivas, sino en que no pueden ser legalmente derogadas, ni siquiera por un acuerdo entre las Partes que lo acepten. Cualquier otra interpretación del *ius cogens*, equivaldría a la degradación y reducción de todo el organismo jurídico a normas perentorias como las únicas que no pueden ser violadas”. Citado en la obra de Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 187 y 188, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47.

<sup>36</sup> Véase Thierry, Hubert, *Droit et Relations Internationales*, Paris, Montchrestien, 1984. Texto de la Resolución 2155 (XXV), pp. 545-550.

Actualmente, el acuerdo parece general sobre la naturaleza de los actos que pueden ser considerados como constitutivos de una agresión armada.

La Corte no ve ninguna razón para rehusar admitir que en derecho internacional consuetudinario, la prohibición de la agresión armada pueda aplicarse al envío por parte de un Estado de bandas armadas sobre el territorio de un tercer Estado, si esta operación por sus dimensiones y efectos es de tal naturaleza, que bien podría ser calificada de “agresión armada” y no de un simple incidente fronterizo.

Pero advierte la Corte que la noción de “agresión armada” puede no sólo incluir la acción de “bandas armadas” en el caso en que esta acción tome la forma de un comportamiento particular, sino también por medio de una asistencia a rebeldes, mediante la provisión de armamentos o de asistencia logística u otra. Se puede considerar una asistencia de este carácter, una amenaza o empleo de la fuerza, o el equivalente de una intervención en los asuntos de competencia nacional o internacional de otros Estados. Es igualmente claro que sólo compete al Estado presuntamente víctima de una agresión armada la correspondiente declaración oficial de la susodicha acción.<sup>37</sup>

Falta todavía determinar si la licitud de la implementación de la legítima defensa colectiva por el Estado tercero en beneficio o provecho del Estado agredido, depende igualmente de una demanda que éste hubiere realizado.

Aquí puede citarse una disposición de la Carta de la OEA, aun cuando la Corte no tenga competencia para considerar a dicho instrumento como aplicable a la controversia; sin embargo, la Corte sí puede examinarla a fin de determinar si este precepto de la Carta de la OEA, esclarece el contenido de derecho internacional consuetudinario.

Así, la Corte constata que la Carta de la OEA incluye un artículo (artículo 3o., inciso f) que enuncia el principio: “La agresión contra un Estado americano constituye una agresión contra todos

<sup>37</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 193-195.

los otros Estados americanos” y otro precepto (artículo 27) en virtud del cual se señala: “Toda agresión ejercida por un Estado contra la integridad o inviolabilidad del territorio o contra la soberanía, o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos”.<sup>38</sup>

Por lo demás, la Corte asume que el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca estipula (artículo 3o., párrafo I) que las Partes:

Convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados americanos, y en consecuencia cada una de dichas Partes contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.<sup>39</sup>

En este mismo artículo, párrafo II, se consagra que: “A solicitud del Estado o Estados directamente atacados y hasta la decisión del Órgano de Consulta del Sistema Interamericano, cada Parte contratante podrá determinar las medidas que adopte individualmente, en cumplimiento de la obligación del que trata el párrafo precedente...”.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Carta de la OEA suscrita en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 en la ciudad de Bogotá. Ésta ha sido enmendada, fundamentalmente, por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985, por el Protocolo de Managua de 1993 y por el Protocolo de Washington de 1992.

<sup>39</sup> El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca fue firmado en Río de Janeiro, el día 2 de septiembre de 1947 y modificado por el Protocolo de San José de Costa Rica de 1975.

<sup>40</sup> *Ibidem*. Véase Davidson, Scott, *The Inter-American Human Rights System*, England, Darmouth, Grower House, 1997.

*Cfr.* *El Sistema Interamericano*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966; Gordon Connell-Smith, *El Sistema Interamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; Gómez Robledo, Antonio, *Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano*, México, El Colegio de México, 1974.

En todo caso, y más allá de ciertos matices, la Corte encuentra que en derecho internacional consuetudinario, ya sea éste general o particular al Sistema Jurídico Interamericano, ninguna regla permite la implementación de la legítima defensa colectiva, sin que de por medio exista la explícita petición del Estado que se juzga víctima de una agresión armada.<sup>41</sup>

### 7. *¿Condicionamiento de la licitud del uso de la fuerza?*

Llegados a este punto, la Corte está en posibilidad de preguntarse si existiría en derecho internacional consuetudinario una exigencia parecida a aquélla que prevé el derecho convencional de la Carta de Naciones Unidas y que impone al Estado que invoca la legítima defensa individual o colectiva, dar aviso a un órgano internacional habilitado a pronunciarse sobre la conformidad en derecho internacional, de las medidas que dicho Estado ha emprendido para su justificación.

Independientemente de la influencia que la Carta de la ONU en dichas materias haya podido tener sobre el derecho consuetudinario, está claro que sobre el plano de este derecho, la licitud del ejercicio de la legítima defensa no está condicionado por el respeto de un procedimiento tan estrechamente dependiente del contenido de un compromiso convencional.

Por el contrario, dice la Corte, si un Estado invocara la legítima defensa para justificar medidas que normalmente serían violatorias tanto del principio consuetudinario como convencional, uno se esperaría que las condiciones enunciadas por la Carta fueran finalmente observadas.

<sup>41</sup> El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) continúa siendo el instrumento básico del Sistema Interamericano de Asistencia Colectiva, pero no la única fuente de los principios y normas vigentes. Véase *El Sistema Interamericano*, *op. cit.* La Delegación de México al firmar el Protocolo de Reformas al TIAR (07/26/75) estipuló que ésta “continúa considerando que, salvo el caso de la legítima defensa, las medidas colectivas a que se refiere el artículo 8o. no podrán ser aplicables en forma obligatoria dado su carácter coercitivo, sin las autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. Serie sobre Tratados no. 9/OEA/ Washington, 1993.



Por consiguiente, en el examen efectuado a título del derecho consuetudinario, la anuencia *vis-à-vis* del Consejo de Seguridad, puede ser uno de los elementos indicativos de si el Estado interesado estaba convencido de actuar en el preciso marco de la legítima defensa.

Para justificar ciertas actividades que implican el uso de la fuerza, Estados Unidos se fundamentó en el plano jurídico, únicamente en el ejercicio de su supuesto derecho de legítima defensa colectiva. La Corte, no obstante, y teniendo muy en cuenta la no participación de los Estados Unidos en la fase relativa al fondo de la *litis*, debe examinar si el derecho internacional consuetudinario, aplicable al presente diferendo, implica otras reglas susceptibles de hacer desaparecer la ilicitud de tales actividades.<sup>42</sup>

### 8. Principio de no-intervención

A reserva de abundar, al final de este estudio, sobre el importante derecho de injerencia humanitaria y el primordial principio de no-intervención, digamos por ahora que este último pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia externa.

Aun cuando los ejemplos de infracción a dicho principio no sean raros en lo absoluto, la Corte estima que forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario.

<sup>42</sup> Aquí la Corte no va entrar ya a inquirir cuestiones vinculadas a la legítima defensa colectiva, sino al derecho de tomar *contre-mesures*, *counter-mesures* en respuesta a una actividad de Nicaragua. *Cfr. Recueil* 1986, *op. cit.*, pp. 104-106, párrafos 196-201.

Merece por otro lado recordar lo que señalaba H. Kelsen respecto a otro punto del artículo 51 de la Carta de la ONU: "According to its wording Article 51 only recognises the right of self-defense as established independently of the Charter by natural law. This Article of the Charter presupposes the natural law doctrine. But it does not and cannot stipulate an obligation of the Members to accept this doctrine... Article 51 has, in spite of its wording, a constitutive character...". Véase Kelsen, Hans, *Recent trends in the Law of the United Nations*, New York, F. A. Prager, 1951, pp. 913 y 914.

La Corte recuerda el famoso *dictum* del Caso del Estrecho de Corfú: “Entre Estados independientes el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales” (*CIJ, Recueil*, 1949, p. 35), y el derecho internacional exige también el respeto de la integridad política.

No es para nada difícil encontrar numerosas expresiones de una *opinio iuris* sobre la existencia de no-intervención en derecho internacional consuetudinario.

La Carta de Naciones Unidas no pretendió en forma alguna confirmar en forma escrita todos los aspectos esenciales del derecho internacional vigente, aplicables al precepto de no-intervención en los asuntos del ámbito interior y exterior de un Estado.

La existencia del principio de no-intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una muy importante y bien establecida práctica de los mismos Estados.

Sin embargo, a pesar de la inmensa práctica estatal y de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (ejemplo, la Resolución 2131 XX; Resolución 2625 XXV) y de la Organización de Estados Americanos AG/ RES. 78 y AG/ RES. 128) y de la no-cuantificable declaración de los Estados, aceptando el principio de no-intervención, subsisten dos problemas: primeramente, dice la Corte, el relativo al contenido exacto del principio, y en segundo lugar, el de la demostración que la práctica vigente le es suficientemente conforme para que, más allá de toda duda, se pueda seguir hablando de una regla bien establecida de derecho internacional consuetudinario.

El principio de no-intervención debe referirse a materias a propósito de las cuales el principio de soberanía de los Estados permita a cada uno de ellos, pronunciarse libremente sobre la elección del sistema político, económico, social y cultural, y de la formulación de su propia política exterior. La intervención es ilícita, cuando a propósito de estas opciones que, por principio son del todo libres, se utilizan medios de coerción.

Este elemento de coerción, constitutivo de la intervención ilícita y que configura su esencia misma, es particularmente evi-

dente en el caso de una intervención que utiliza la fuerza, ya sea bajo la forma directa de una acción militar o bajo la forma indirecta de apoyo a actividades armadas subversivas o terroristas al interior de un tercer Estado.

El significado para la Corte de comportamientos estatales, *prima facie* irreconciliables con el principio de no intervención, reside en la naturaleza del motivo invocado como justificación.

La invocación por parte de un Estado de un pretendido “nuevo derecho”, o de una excepción sin precedente al principio mismo, podría, si está compartida o avalada por otros Estados, llevar aparejada, en principio, una posible tendencia hacia la modificación del derecho internacional vigente.

Pero en realidad, como lo constataba la Corte, las autoridades norteamericanas en varias ocasiones expresaron claramente que sus objetivos al intervenir en los asuntos de un país tercero, se sustentaban en cuestiones tales como el rumbo de su política interior, su ideología, el supuesto alto nivel de armamentismo, o la orientación que tomaba, en particular, su política exterior.<sup>43</sup>

## 9. *Contra medidas*

La Corte, más adelante, se pregunta si en la eventualidad que un Estado infrinja el principio de no intervención frente a un tercer Estado, ¿sería lícito que este último tome, en contra del primero, “contra medidas” que normalmente constituirían una intervención en sus asuntos internos?

El derecho de reaccionar de esta suerte en caso de intervención podría considerarse análogo al derecho de legítima defensa colectiva en caso de agresión armada, pero, aquí se estaría situando a un nivel inferior de gravedad del acto generador de la reacción y por ende de esta misma reacción.

<sup>43</sup> Véase la obra clásica de Thomas and Thomas: *Non-Intervention*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1956, *passim*. “Individual intervention for humanitarian purposes... as far as the American States are concerned. Completely prohibited such intervention”, p. 390.

El profesor Roberto Ago, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, denominaba a las “contramedidas” como una circunstancia que excluía la ilicitud: “ejercicio legítimo de una sanción”.

Según el Relator Especial para la codificación de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la palabra “sanción” estaba empleada como sinónimo de una acción que tenía una finalidad de represión o ejecución que se traducía por el daño de lo que, en otras condiciones, sería un derecho subjetivo internacional que debería de ser respetado.

En el texto aprobado finalmente por la Comisión de Derecho Internacional, se consagra la “licitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro quedará excluida, si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado”.<sup>44</sup>

Se puede decir que las funciones de las “contramedidas” pueden ser varias. En ocasiones este recurso estará vinculado a la búsqueda, por el Estado que las adopta, de la reparación de un daño que se le ha inferido.

Un Estado puede, por ejemplo, tratar de forzar al Estado infractor a reparar o a obtener una satisfacción (reparación del daño material y/o moral), como fue el caso de ciertos Estados que, como consecuencia de la destrucción por parte de la Unión Soviética de la aeronave de *Korean Airlines* en 1983, adoptaron medidas concretas a fin de que la Unión Soviética reconociera su responsabilidad y por consiguiente, otorgara una indemnización a las víctimas.

<sup>44</sup> Véase *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1979, primera parte, pp. 40 y ss. La Corte Internacional de Justicia sostuvo el derecho del Estado lesionado a poder recurrir a las “contramedidas”, en el Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (1980). Las medidas de presión económicas adoptadas por los Estados Unidos frente a la violación de sus locales diplomáticos y toma de rehenes, debían ser consideradas jurídicamente como “contramedidas”. *CIJ Recueil des Arrêts*, 1980.

Aquí, el Estado pudo “embargar” aviones pertenecientes al Estado infractor, a fin de proceder directamente a la reparación de los daños sufridos.

Además de esta función reparadora de las “contramedidas”, se encuentra otra función *punitiva*, en donde ciertos Estados adoptan “contramedidas” y declaran que es para “dar un ejemplo”, como tal fue el caso de las medidas tomadas por los Estados Unidos en el *Caso relativo a la interpretación del acuerdo franco-americano de 1946* (sentencia de 1978):

En el estado actual del derecho internacional general, abstracción hecha de los compromisos específicos que se desprenden de los tratados particulares, y principalmente de los mecanismos instituidos en el marco de las organizaciones internacionales, *cada Estado pondera por sí mismo su situación jurídica frente a terceros Estados*. En presencia de una situación que comporta *en su opinión*, la violación de una obligación internacional por un tercer Estado, posee el derecho, bajo reserva de las reglas generales de derecho internacional relativas a las coerciones armadas, de hacer respetar su derecho a través precisamente de las llamadas “contramedidas”.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Véase « Sentence du 9 décembre 1978 relative à l'interprétation de l'accord franco-américain de 1946 », *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XVIII, núm. 54, I.L.R., 1979, p. 311, énfasis añadido. A este respecto, véase la obra del profesor de la Universidad de París II, Denis Alland, *Droit International Public*, París, PUF, 2000, cap. 9, pp. 399-446. Hay que retener que las “contramedidas” tienen limitantes importantes en el derecho internacional, como por ejemplo el hecho de que el recurso a las mismas no puede derogar las obligaciones concernientes al uso de la fuerza del artículo 2o., párrafo IV, de la Carta de la ONU, como tampoco pueden desconocer el respeto a los derechos humanos y menos aún, ir en contra de obligaciones impuestas por normas perentorias de derecho internacional general: “Counter-measures may not disregard obligations imposed by peremptory norms of general international law. This prohibition... aims at filling any gap left by the ban on counter-measures derogating from norms on the threat of use of force, or human rights and humanitarian law. It is therefore a «residual» prohibition. It covers such areas as self-determination of peoples and protection of environment”. Véase Cassese, Antonio, *International Law*, Great Britain, Oxford University Press, 2001, p. 237.

## III. VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

When the President does it, that means that is not illegal.

Richard M. NIXON  
17 de mayo de 1977

1. *Terreno político vs. terreno jurídico*

El Congreso de los Estados Unidos, en sus conclusiones, expresó la opinión relativa a que el gobierno de Nicaragua había tomado “medidas que revelaban la intención de establecer una dictadura comunista totalitaria” (“...significant steps towards establishing a totalitarian communist dictatorship”).

Al respecto, la Corte sostuvo que cualquiera que fuese la adjetivización que quisiera atribuírsele al régimen de Nicaragua, la adhesión de un Estado a una doctrina en particular no podría constituir violación alguna al derecho internacional consuetudinario; sostener algo distinto sería tanto como privar de todo sentido el principio cardinal de la soberanía de los Estados, principio éste sobre el cual se fundamenta todo el derecho internacional, y la plena libertad de que goza todo Estado de elegir su sistema político, social, económico y cultural.

Por ningún motivo, la Corte podría concebir la supuesta creación de una nueva regla que permitiera la intervención de un Estado en contra de otro, argumentando que éste habría optado por una ideología o un sistema político en particular.<sup>46</sup>

Por lo demás, no se le escapa a la Corte que ese tipo de justificaciones de los Estados Unidos son expuestas únicamente sobre un terreno político, el cual escapa naturalmente a su apreciación, al no haber sido invocadas en tanto que argumentos jurídicos. El Estado demandado siempre ha constreñido su defensa haciendo valer el medio clásico de la legítima defensa y nunca ha seriamente pretendido hacer valer sobre el plano jurídico un medio

<sup>46</sup> *Recueil, op. cit.*, p. 133, párrafo 263.

legal sustentado en una pretendida regla de “intervención ideológica”, la cual habría sido considerada como una desmesura lógico-jurídica.

La Corte menciona, como recordatorio, que una de las acusaciones de los Estados Unidos en contra de Nicaragua concierne a la violación de la Declaración sobre la Intervención adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1965, por el hecho de su supuesto apoyo a la oposición armada en El Salvador.

Al respecto, la Corte recuerda una vez más, que ella está obligada a tomar en consideración *motu proprio* todas y cada una de las reglas de derecho internacional que puedan ser pertinentes para dirimir la controversia aun cuando alguna o algunas de dichas reglas no hayan sido invocadas por una u otra de las Partes en cuestión.

Nicaragua ha sido acusada formalmente de violar los derechos humanos, según la conclusión del Congreso de los Estados Unidos en el año de 1985. Este punto en particular debe ser más profundizado, dice la Corte, independientemente de la existencia de un “comportamiento jurídico” adquirido por Nicaragua hacia la Organización de Estados Americanos, de respetar dichos derechos.

De cualquier forma, la inexistencia de un compromiso como el ya mencionado, no significaría en absoluto que Nicaragua pudiera violar impunemente los derechos humanos.

La promesa política habría sido realizada por Nicaragua en el marco de la Organización de Estados Americanos, de tal suerte que los órganos de dicha Organización son los primeramente competentes para verificar su debido cumplimiento.

La Corte había ya constatado que desde el año de 1979, el gobierno de Nicaragua había ratificado varios instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, entre ellos, el muy importante Pacto de San José. De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó una serie de medidas y elaboró dos informes (OEA/serie 1/V/II, 53 y 62) después de haber hecho una vista *in loco* por invitación del gobierno.

De cualquier manera, si los Estados Unidos podían adoptar su propio punto de vista sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, el empleo del uso de la fuerza no podría ser, en forma alguna, el método apropiado para verificar y asegurarse del respeto de dichos derechos.

En cuanto a las medidas que de hecho fueron tomadas, la protección de los derechos humanos, visto su carácter estrictamente humanitario, no es de ninguna manera compatible con el minado de puertos, la destrucción de instalaciones petroleras, o incluso el entrenamiento, armamento y equipo de los “contras”.

La Corte va a concluir que el motivo derivado de la preservación de los derechos humanos en Nicaragua no puede justificar, desde ningún punto de vista, la conducta de los Estados Unidos y no se armoniza, de manera alguna, con la estrategia legal del Estado demandado, la cual se ha fundamentado en el derecho a la legítima defensa colectiva.<sup>47</sup>

## *2. Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Nicaragua y Estados Unidos (1956)*

Una vez que la Corte Internacional de Justicia arribó al término de su examen a las demandas de Nicaragua fundadas en el derecho internacional consuetudinario, la Corte aborda ahora los puntos que se suscitaron en relación al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre las Partes el 21 de enero de 1956.

Nicaragua sostenía que los Estados Unidos —por la forma en la que se habían comportado—, privaron al Tratado de 1956 de

<sup>47</sup> *Cfr. Recueil, op.cit.*, pp. 133-135, párrafos 263-269. Por lo tocante al punto de la llamada “militarización” de Nicaragua y juzgada por los Estados Unidos como excesiva y como punto pertinente para probar sus intenciones agresivas, la Corte, con toda razón, sostiene que este argumento es no pertinente e inútil (“irrelevant and inappropriate”), al no existir en derecho internacional, reglas que impongan la limitación de armamento de un Estado soberano, con excepción de las que el mismo Estado pudiera adquirir por medio de un tratado o convenio internacional. *Ibidem*, párrafo 269.



su “objeto y fin” y por ende, lo habían vaciado de su contenido mismo.

Curiosamente, a nuestro modo de ver, el gobierno nicaragüense, si bien argumenta la causal de no vaciar de su objeto y fin un tratado firmado y ratificado, sin embargo pone un mayor énfasis en la regla clásica de *pacta sunt servanda*”.

De lo anterior deriva que la Corte contemple que la demanda no puede ser presentada a título de una eventual violación de las disposiciones del Tratado de 1956 por parte de los Estados Unidos, aun cuando pueda cuestionarse la aplicación e interpretación del mismo.<sup>48</sup>

La Corte, habiendo concluido en su sentencia de 1984, que poseía competencia plena tanto sobre la base de dicho Tratado de 1956 como sobre la base de la aceptación de la jurisdicción consentida por los Estados Unidos en virtud del artículo 36, párrafo II del Estatuto, ningún problema de jurisdicción podría presentarse en la cuestión presente objeto de análisis.

La Corte debería de decidir, según el gobierno nicaragüense, si un Estado que ha concluido un “tratado de amistad” se obliga por el mismo, y por el tiempo suficiente que se encuentre vigente, de abstenerse de todo acto en contra de la otra Parte, que pudiera ser considerado como “inamistoso”, aun cuando no violara por sí mismo una estricta obligación internacional.

<sup>48</sup> Véase *Recueil, op. cit.*, párrafo 270. Posiblemente Nicaragua enfatiza más la regla *pacta sunt servanda* por ser principio-vértice en el derecho internacional. H. Kelsen y W. Tucker, en su valioso manual, expresan: “That a treaty is a law-creating fact..., is due to a rule of customary international law which is usually expressed in the formula *pacta sunt servanda*. The rule is the reason for the validity of treaties, the so called conventional international law in contradiction to customary international law”. Kelsen, Hans y Tucker, W., *Principles of International Law*, 2a. ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 446.

El juez mexicano Roberto Córdova en una opinión disidente ante la Corte sostuvo: “...I have always known the time-honoured and basic principle of *pacta sunt servanda*”, which makes it impossible for the States to be released by their own unilateral decision from the obligations according to a treaty which they have signed”, “Case Concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants”, *ICJ, Reports*, 1958, p. 141.

Un compromiso de tal naturaleza puede, desde luego, estipularse expresamente en un tratado, o incluso parecer desprenderse necesariamente de su misma exégesis.

Sin embargo, dentro del marco del derecho internacional consuetudinario, no es evidente, afirma la Corte, que la práctica “efectiva” de los Estados nos dé testimonio de la existencia de una regla con un alcance de tal amplitud.

Incluso cuando de un “tratado de amistad” se trata, necesariamente debe existir una distinción entre la gran categoría de “actos inamistosos” y la categoría más estrecha de actos tendientes a hacer malograr el fin y objeto del tratado. Dicho fin y objeto deben manifestar una “amistad efectiva” en los ámbitos precisos previstos por el tratado mismo, y no una suerte de amistad en un sentido vago y general.<sup>49</sup>

### 3. Lex Specialis

El gobierno nicaragüense pretende que el comportamiento de los Estados Unidos ha sido tal que el mismo “afecta la ejecución” del Tratado de manera radical; sin embargo, la Corte no encuentra manifestaciones sobre este preciso punto.

De una manera general, las reglas convencionales tienen el carácter de *lex specialis*, por lo que no sería conveniente a los ojos de la Corte que un Estado interponga una demanda basándose en una regla de derecho consuetudinario, si por medio de un tratado ya se han ya previsto medios para dar satisfacción a una demanda de tal naturaleza.

Desde el punto de vista de la Corte, si se exigiera a Nicaragua que agotara el procedimiento previsto por el tratado (artículo

<sup>49</sup> Véase *Recueil, op. cit.*, párrafo 273. El ilustre profesor Bin Cheng, basándose en varios precedentes, escribió: “In case of doubt, treaties ought to be interpreted conformably with the real mutual intention, and conformably to what can be presumed, between parties acting loyally and with reason, was promised by one to the other according to the words used”. Cheng Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens and Sons Limited, 1953, pp. 106 y 107, cap. 3.

XXIV, párrafo I) antes y solamente antes de que pudiera interpe-  
lar a la Corte sobre la cuestión debatida, sería hacer prueba de un  
formalismo excesivo.

Es importante recordar aquí, que la misma Corte en su senten-  
cia de 1984, había ya tratado el argumento derivado del hecho de  
que el artículo XXIV, párrafo II, del tratado, exige que el diferen-  
do no pueda “ser dirimido de una manera satisfactoria por la vía  
diplomática”; ahora bien, éste no podía ser el caso en ausencia de  
negociaciones entre las Partes.

Por el hecho de que un Estado no se haya expresamente referido,  
en las negociaciones con un tercer Estado, a un tratado en parti-  
cular que habría sido violado por la conducta de éste último, no  
se infiere necesariamente que el primero no pueda admitirse el  
invocar la cláusula compromisoria de dicho tratado.<sup>50</sup>

El problema a examen en el caso concreto es diferente, ya que  
el argumento consistente en sostener que el comportamiento de  
los Estados Unidos habría impedido aplicar el Tratado, no ha  
sido invocado en virtud de la cláusula compromisoria. La Corte  
considera, no obstante, que ni uno ni el otro de los párrafos del  
artículo XXIV, le impiden el examen de las demandas interpues-  
tas por Nicaragua.<sup>51</sup>

#### 4. Objeto y fin del Tratado

Pasando en forma específica a la tesis que alega que los Esta-  
dos Unidos y sus actividades han sido de naturaleza tal de privar  
de su objeto y fin al Tratado de Amistad, Comercio y Navega-  
ción de 1956, la Corte se ve precisada a hacer una distinción  
fundamental entre los ataques directos en contra de los puertos,  
instalaciones petroleras, minado de los puertos nicaragüenses, et-  
cetera, y los llamados actos de presión económica, como la inte-

<sup>50</sup> *Recueil*, 1984, p. 428.

<sup>51</sup> Véase *Recueil*, *op. cit.*, p. 137, párrafo 274.

rrupción de la comprometida ayuda económica o la modificación del sistema de cuotas de importación del azúcar, que contradicen de manera menos evidente el fin del tratado mismo.

Es evidente que ningún Estado está obligado a la prosecución de relaciones comerciales particulares más tiempo del que juzgue conveniente, siempre y cuando un tratado o cualquier otro tipo de obligación jurídica no lo constriña a ello. Pero en casos de obligaciones como las que derivan explícita e implícitamente de un tratado de amistad y comercio, actos de interrupción tan abruptos (*abrupt act*) de las relaciones comerciales, como el embargo sobre el comercio del 1o. de mayo de 1985, constituirían normalmente violaciones a la obligación de no malograr el objeto y fin del Tratado.

Por el contrario, ni la reducción de la cuota de importación en un noventa por ciento, decidido en 1983, ni la suspensión de la ayuda económica, podrían constituir, según la Corte, violaciones al derecho internacional, salvo en circunstancias del todo excepcionales. Por lo demás, añade la Corte, Nicaragua debía con seguridad, conocer los términos de la legislación norteamericana (*Special Central American Assistance Act*, 1969), en el sentido que la prosecución de la ayuda económica estaba subordinada a una apreciación del comportamiento de Nicaragua por parte del presidente de los Estados Unidos.<sup>52</sup>

#### IV. RESPONSABILIDAD, FUERZAS PARAMILITARES Y CONTROL DE LOS ESTADOS UNIDOS

If the past is prologue, we should anticipate ending up not with a second Costa Rica, but rather with another Guatemala of the past three decades: Murder Inc., with a flag.

Tom. J. FARER

<sup>52</sup> Cfr. *Recueil*, *op. cit.*, párrafos 275 y 276.

### 1. *Control y gradación del mismo*

La cuestión del grado de control ejercido por el gobierno de Washington sobre los “contras”, se vincula a la demanda de Nicaragua, atribuyendo a dicho gobierno la *responsabilidad* de las actividades de los “contras”.

Nicaragua argumentaba que los “contras” no eran sino bandas de mercenarios reclutados, organizados, pagados y mandados por el gobierno de los Estados Unidos. Éstos no habrían tenido una real autonomía y por consiguiente los ilícitos e infracciones cometidos por los mismos serían directamente imputables al gobierno de Washington.

La Corte manifestó que, aun cuando fuese preponderante y decisiva la participación de los Estados Unidos en la organización, formación, entrenamiento, equipamiento y financiación de los “contras”, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planeación de todas sus operaciones, aún así, todo ello sigue siendo insuficiente, *por sí mismo*, y de conformidad con la información de que dispone la Corte, para que puedan ser imputables a los Estados Unidos, aquellos actos cometidos por los “contras” (*sic*).

Todas las modalidades de participación de Estados Unidos, antes mencionadas, e incluso el control general ejercido por éste sobre una fuerza en alto grado dependiente de él mismo, no significaría, por sí mismo, sin prueba complementaria, que Estados Unidos haya ordenado o impuesto, el perpetrar actos contrarios a los derechos humanos o al derecho humanitario, alegados y argumentados por el Estado demandante.

Dichos actos, manifiesta la Corte, podrían haber sido cometidos por los miembros de la fuerza de la “contra” con total independencia del control de Estados Unidos. Para que la responsabilidad jurídica de éste último pudiera ser comprometida, debería antes que nada, probarse que los mismos poseían el *control efectivo* de las operaciones militares y paramilitares, en el curso de las cuales se habrían cometido las violaciones susodichas.

La Corte considera que los “contras” permanecen como responsables de sus propios actos, y que los Estados Unidos no son responsables de los actos de los “contras”, sino de su propio comportamiento *vis-à-vis* Nicaragua, incluyendo la conducta relacionada con los actos violatorios del derecho internacional.

Lo que la Corte debe examinar, no son los agravios relativos a las violaciones al derecho humanitario que podrían haber cometido los “contras” y que Nicaragua estima como debiendo ser imputables a los Estados Unidos, sino por el contrario, dice la Corte, hechos ilícitos por los cuales el gobierno de Washington pudiera ser directamente responsable en relación con la actividad de los “contras”.

La licitud o ilicitud de tales actos por parte de los Estados Unidos es una cuestión distinta de las violaciones al derecho humanitario por parte de la “contra” y por las cuales pudieran, eventualmente (*may or may not*), ser tenidos como culpables.

Sin embargo, la cuestión de saber si en el tiempo ocurrido, el gobierno de Washington tenía o debía haber tenido conocimiento de los alegatos de violaciones al derecho humanitario formuladas contra las paramilitares, es relevante para la apreciación de la presunta legalidad del comportamiento de los Estados Unidos.<sup>53</sup> La actitud un tanto ambigua, un tanto contradictoria, por parte de la Corte en esta etapa del proceso, se debe, en gran medida y desafortunadamente, a la no-comparecencia de los Estados Unidos en la fase consagrada al fondo de la *litis*, lo que provoca un “exceso de prudencia” en el análisis de las pruebas y en el desahogo de las mismas: documentos abundantes oficiales y no oficiales; declaraciones de representantes de toda índole; testimonios contradictorios, ofrecidos tanto en la fase escrita como en la fase oral, etcétera. La Corte, cuidadosa de respetar la equidad e igualdad de las Partes, corre siempre el riesgo, en estos casos, de parecer el abogado de la Parte ausente y de ser demasiado exigente en la presentación y desahogo de las pruebas. El profesor

<sup>53</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 106-116. Énfasis añadido.

G. Fitzmaurice resumía lo anterior en forma por demás lacerante: “Don’t worry, the Court will do all your work for you, and will see to it that your non-appearance does you no harm”.<sup>54</sup>

## 2. *Capítulo probatorio*

En el capítulo probatorio del juicio, Nicaragua sometería dos publicaciones que, según su dicho, serían obra de la CIA y habrían sido distribuidas entre los “contras”, bajo el nombre de “Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas” y “Manual del combatiente pro-libertad” (*Freedom Fighter’s Manual*), este último lo desecha la Corte por no tener más elementos que simples artículos de la prensa.

En cambio, por lo que respecta a la publicación “Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas”, la Corte no duda en reconocer la paternidad del mismo a la Agencia Central de Inteligencia (CIA), ya que la *Intelligence Committee* así lo reconoció en enero de 1985. Una sección sobre el “terror implícito y explícito” subraya que “los guerrilleros deben cuidar en no convertirse en una encarnación del terror, porque ello provocaría una pérdida del apoyo popular” y contiene también instrucciones precisas sobre la manera de destruir las instalaciones militares o de policía, interrupción de las comunicaciones, secuestro de representantes del gobierno sandinista, etcétera. Se asienta asimismo, la necesidad “de disparar contra algún ciudadano que tratara de dejar la ciudad, acto que se justificaría por el hecho de que se correría el riesgo de que llevara información al enemigo” (*sic*).

Otra sección sobre “el empleo selectivo de la violencia con fines de propaganda” comienza de la manera siguiente:

Es posible neutralizar objetivos cuidadosamente planeados, según un plan bien preparado, por ejemplo, jueces de tribunales, jueces de mesta, funcionarios de la policía y la seguridad, jefes de

<sup>54</sup> Fitzmaurice, G., “The problem of the non-appearing defendant government”, *British Year Book of International Law*, vol. 80, 1980, p. 117.

la CDS, etcétera. Por razones de orden psicológico, es conveniente tomar las mayores precauciones, y es indispensable reclutar la población interesada para que esté presente, tome parte en la acción, y formule acusaciones contra el opresor.

Más adelante, un apartado sobre el “control de los movimientos de masas y reuniones públicas” encierra en particular el consejo siguiente:

De ser posible, criminales profesionales deberán ser reclutados para llevar a cabo tareas específicas —*selective jobs*— ...tareas bien definidas deberán ser confiadas a otros, a fin de dar a la causa «mártires», provocando confrontaciones entre los manifestantes y las autoridades para generar revueltas o tiroteos, causando así la muerte de una o varias personas, las cuales se convertirían en mártires, situación que deberá ser explotada inmediatamente en contra del régimen con objeto de generar mayores conflictos.<sup>55</sup>

La Corte va a concluir que en 1983, un organismo del gobierno de los Estados Unidos habría provisto a la Fuerza Democrática Nicaragüense (FDN) un Manual sobre las operaciones psicológicas de guerra de guerrillas y que aun cuando “desalentaba expresamente la violencia ciega e indiscriminada en contra de la población civil”, advertía que debía abrirse fuego sobre aquellos que pretendieran dejar la ciudad o una aglomeración, y aconsejaba para fines de propaganda la “neutralización” de jueces, altos funcionarios o personajes de notoriedad, después de un simulacro de juicio en presencia de la población. El texto dado a los “contras” preconizaba también, indicó la Corte, el reclutamiento de criminales profesionales para llevar a cabo tareas (*jobs*) no especificadas y el recurso a la provocación en las manifestaciones de masas para suscitar una reacción violenta por parte de las autoridades y crear de esta suerte, “mártires” para la causa.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 117-121.

<sup>56</sup> *Recueil*, 1986, párrafo 122. El *Report of the Intelligence Committee* concluía afirmando que el “Manual del combatiente pro-libertad” había producido



### 3. *Legítima defensa colectiva*

La legítima defensa colectiva va a ser el resultado de la asistencia aportada por un tercer Estado a otro Estado presuntamente víctima de una agresión

Está claro que para que las condiciones del ejercicio de la legítima defensa colectiva se cumplan, se requiere previamente que las condiciones de la legítima defensa individual se hayan materializado.

Sin un previo acto de agresión, no puede darse la legítima defensa individual y, menos aún, la legítima defensa colectiva.

La Corte precisó en su sentencia sobre el fondo de la *litis*, dos condiciones adicionales al ejercicio de la legítima defensa colectiva:

Sea de ello lo que fuere, la Corte encuentra que en derecho internacional consuetudinario, ya sea general o particular al sistema jurídico interamericano, no existe ninguna regla que permita el ejercicio colectivo de la legítima defensa, en la ausencia de una petición por parte del Estado víctima de una agresión armada. La Corte concluye que la exigencia de una petición por parte del Estado víctima de la agresión que se invoca, se añade al requerimiento de una declaración por la cual dicho Estado se manifiesta como Estado agredido.<sup>57</sup>

Por otro lado, la Corte se interroga sobre una cuestión pocas veces explicitada, esto es, sobre cuáles serían los derechos de un Estado que se encuentre privado del derecho de legítima defensa, en razón de la ausencia de actos que configuran una “agresión” como tal, pero que pueden considerarse actos constitutivos de una intervención ilícita.

un desconcertante embarazo para los Estados Unidos y que no habría debido ser publicado. Las acciones ahí descritas son repugnantes y radicalmente contrarias a los valores americanos (“repugnant to american values”). *Ibidem*, párrafo 120.

<sup>57</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, p. 105, párrafo 199.

El uso de la fuerza, recuerda la Corte, por parte de un primer Estado en contra de un segundo, sobre la base de que este último habría cometido una acción de fuerza ilícita contra un tercero, debe considerarse a título excepcional, como legítimo, pero si y sólo si, el acto ilícito generador de la reacción consiste en una agresión armada (*armed attack*).

Por lo tanto, y en opinión de la Corte, en el derecho internacional vigente, y ya sea que se trate de derecho internacional consuetudinario o del establecido por el sistema de Naciones Unidas, los Estados carecen de cualquier derecho de respuesta “colectiva”, frente a actos que no constituyan un ataque armado.<sup>58</sup>

En la *Contramemoria* sobre la jurisdicción y admisibilidad, los Estados Unidos sostuvieron que en virtud del derecho inherente de legítima defensa, individual o colectiva, y de conformidad con las disposiciones del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, ellos habrían respondido a las demandas de ayuda presentadas por El Salvador, Honduras y Costa Rica, en contra de la agresión nicaragüense.

Simultáneamente a la *Contramemoria* sobre la jurisdicción y admisibilidad, los Estados Unidos depositaron ante la Secretaría de la Corte, diversos documentos, dos de los cuales son de especial interés para la cuestión en examen.

<sup>58</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, p. 110, párrafo 211. Véase Bowett, D. N., *Self-Defence in International Law*, Great Britain, Manchester University Press, 1958. En particular el capítulo X (pp. 200-248). “Legitimate defence implies the adoption of measures proportionate to the seriousness of the attack and justified by the imminence of the danger. This applies with equal force to third states claiming the right to intervene by virtue of the concept «collective self-defence»”, pp. 238 y 239. Por su parte Hans Kelsen observa que el ejercicio del derecho consuetudinario a la legítima defensa se genera únicamente cuando el peligro es de naturaleza “inmediato” y de tal forma que no permitiera una razonable posibilidad de poder recurrir a medios alternativos de protección. “In addition, the use of force in self defense must prove reasonable, and it may prove reasonable only if it is proportionate to the end of protecting those rights that are endangered”. Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., Tucker, Robert W. (ed.), New York-London, Holt, Rinehart and Winston Inc., 1966, pp. 79 y 80.

El primero se trata de una publicación del Departamento de los Estados Unidos del 23 de febrero de 1981 e intitulado *Communist Interference in El Salvador* y en donde son reproducidos diversos documentos que habrían formado parte integrante de otros dos juegos de documentos particularmente importantes... sustraídos al Partido Comunista de El Salvador (PCS) en noviembre de 1980 y al Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) en enero de 1981.

El segundo documento es el relativo al *Background Paper*, publicado por el Departamento de Estado y por el Departamento de la Defensa en julio de 1984, bajo el título *Nicaragua's Military Build-Up and Support for Central America Subversion*.

Es muy difícil, subraya la Corte, poder medir el alcance exacto de los documentos reproducidos en la primera de las publicaciones mencionadas, ya que estaban redactadas en un lenguaje críptico y lleno de abreviaturas, sin el auxilio de expertos de los Estados Unidos, los cuales hubieran podido ser llamados como testigos, si los Estados Unidos hubieran querido comparecer.

Sin embargo, en un documento sin fecha, se pueden encontrar algunas menciones precisas, en donde no se encuentran códigos, de la ayuda prestada a la oposición armada, “que pasaría en su totalidad por territorio nicaragüense” y sobre las cuales, la Corte debe acordar la atención que se merecen.<sup>59</sup>

Por lo que concierne a declaraciones de secretarios como la de Georges Schultz (párrafo 128) o del vice ministro del Interior de Nicaragua, o de su ministro de Finanzas, la Corte, con razón, siempre sostuvo que ese género de declaraciones orales o escritas provenientes de tales personalidades era algo muy difícil de retener como presuntos elementos de prueba. Un miembro del gobierno de un Estado que es Parte no solamente en un proceso internacional, sino también y al mismo tiempo, en una instancia concerniente a un conflicto armado, muy probablemente tenderá a identificarse con los intereses de su propio país y se esforzará por no testimoniar en nada que pueda ser adverso a su causa.

<sup>59</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 132-141.

Esta actitud de escrutinio minucioso por parte de la Corte está particularmente justificada en el caso *sub iudice*, dada la necesidad de respetar la igualdad de las Partes en un caso en el cual una de ellas no comparece en la parte del fondo del proceso, pero sin que por ello se pudiera interpretar que ello juega a favor de la Parte ausente, esto es, partir de una presunción *a priori* favorable al no-compareciente.<sup>60</sup>

La Corte puede allegarse de todos los elementos que le permitan, a su juicio, llegar a la “verdad histórica”, como por ejemplo en el *cas d’espèce*, la Corte tuvo conocimiento de la existencia y contenido de una publicación del Departamento de Estado de los Estados Unidos, intitulado, *Revolution beyond our borders: Sandinista Intervention in Central America*, cuyo objetivo era precisamente justificar la política de los Estados Unidos frente a Nicaragua.

Esta publicación aparecida en septiembre de 1985 y distribuida el 6 de noviembre de 1985, a solicitud de los Estados Unidos, como documento oficial de la Asamblea General (a/40/858) y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (S/17612), no fue sometida a la Corte a través de los conductos contemplados por el Estatuto y su Reglamento.

Pero, de igual manera, Nicaragua que habría hecho pública una carta en respuesta al secretario general (a/40/907), y a la cual están anexados, *inter alia*, un extracto de su Memoria sobre el fondo del presente caso y un extracto de las actas de las Audiencias (*verbatim*) (S/17639), tampoco lo sometió como tal al

<sup>60</sup> *CII, Recueil*, 1986, párrafos 67-70. La Corte Internacional de Justicia en este Caso en particular, se encuentra en un ámbito más difícil para aceptar, por ejemplo, presunciones de hecho, o indicios o pruebas circunstanciales. Estos medios “de prueba indirecta” han podido ser tomados como medios probatorios, siempre y cuando se apoyen sobre una serie de hechos que se encadenan y conduzcan lógicamente a una “misma conclusión”. Ejemplo de esto lo tenemos en el Caso del Estrecho de Corfú, aunque incluso en este último la Corte enfatizaba que la “prueba” podría resultar de presunciones de hecho, si y sólo si, éstas no dejaban lugar a ningún tipo de duda razonable. Véase *CII, Recueil*, 1949, pp. 18 y 19.

examen de la Corte. A pregunta expresa por parte de un juez de la Corte, el agente de Nicaragua no quiso rebatir el contenido, haciendo observar que ese género de documentación “no constituía una prueba y que la Corte no debería tener cuenta de ello.”

Sin embargo, la Corte consideró que tomando en cuenta las realidades muy particulares del caso concreto, ella podía hacer uso, dentro de ciertos límites, de los elementos de información contenidos en la susodicha publicación.

Por otra parte, y en relación con la cuestión de la prueba de los hechos, la Corte hace notar que Nicaragua se fundamenta sobre un alegato que había hecho implícitamente Estados Unidos. Nicaragua sostenía que los Estados Unidos invocaban la legítima defensa colectiva, y ello “representaba la confesión mayor de una implicación directa e importante de los Estados Unidos en las operaciones militares y paramilitares” contra Nicaragua.

La Corte hizo el señalamiento en el sentido de que la invocación de la *legítima defensa* tiende normalmente a justificar una conducta que precisamente, sin ésta, devendría ilícita. Cuando ésta es presentada como tal, y sin que la conducta de la cual se trata, sea negada, puede muy bien constituir a la vez un reconocimiento de dicho comportamiento y de su carácter ilícito, si no estuviera justificado por la legítima defensa y consecuente prueba jurídica.

Si se aceptase la línea argumentativa de Nicaragua, se superaría toda dificultad en el establecimiento jurídico de los hechos, habiendo sido éstos, global e implícitamente reconocidos por el Estado defensor, mediante el simple hecho que trató de justificarlos a través del argumento de la legítima defensa.

Sin embargo, advierte la Corte, en el presente caso, los Estados Unidos no han enumerado ni los hechos, ni descrito las medidas que alegan haber tomado al amparo del concepto de la legítima defensa; pero tampoco han declarado asumir la responsabilidad del conjunto de actividades que Nicaragua les reprocha, bajo la justificación de su presunto derecho a la legítima defensa.

De esta suerte, la Corte no puede ver una “confesión generalizada” en forma implícita por parte de los Estados Unidos, aunque en ella misma resalta que ciertamente “sí se puede admitir un reconocimiento en cuanto a la imputabilidad de ciertos actos incriminados”.<sup>61</sup> Aquí una vez más se advierte esa “excesiva contención” por parte de la Corte. Parece en ocasiones tomar decididamente una cierta vía, cuando en forma abrupta cambia su curso, o bien no arriba al término lógico de su línea argumentativa. Y todo ello, debido fundamentalmente, a nuestro parecer, por el infortunado hecho de la no-comparecencia de los Estados Unidos en la etapa del fondo de la controversia, que como ya se mostraba, lleva a la Corte a esa circunspección de no querer dar la impresión de ser la abogada de la Parte ausente.<sup>62</sup>

#### 4. *¿Se constituyó conforme a derecho la legítima defensa colectiva?*

Lo primero que hay que dejar muy en claro, es que si jurídicamente se dictamina que un Estado ejerció legalmente la legítima defensa, individual o colectiva, *ipso iure*, el Estado queda exonerado del eventual hecho ilícito en el que habría ocurrido de no ser precisamente por el ejercicio inmanente del derecho de legítima defensa.

De conformidad con el alegato de los Estados Unidos, el gobierno de Nicaragua habría alentado y apoyado la acción violenta de los guerrilleros en El Salvador, y habría realizado incursiones militares en el interior de Honduras y de Costa Rica.

<sup>61</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafo 7174.

<sup>62</sup> Respecto a este delicado problema de la no comparecencia, Sir Gerald Fitzmaurice anotaba: “In addition to the harm they do to the authority and prestige of the Court, there is the prejudice they cause to the plaintiff or applicant State which becomes severely handicapped in the presentation of its case before the Court”. Fitzmaurice, Gerald, “The problem of the non-appearing defendant Government”, *The British Year Book of International Law*, *op. cit.*, p. 91. Confróntese también, en sentido un tanto opuesto, la obra de Gayomar, Geneviève: *Le Défaut des Parties à un différend devant les juridictions internationales*, Louis Cavaré (prefacio), París, LGDJ, 1960, en particular pp. 164-204.

Los Estados Unidos habrían entonces atendido las demandas de ayuda presentadas por El Salvador, Honduras y Costa Rica, en el ejercicio de su derecho de legítima defensa colectiva en contra de la agresión nicaragüense.

No está por demás señalar aquí que el eminente juez Roberto Ago, en su opinión individual anexa al caso, señala que en este último, la Corte arribó a conclusiones semejantes en cuanto a la no-imputabilidad —en este caso de los Estados Unidos— en relación a las acciones perpetradas por rebeldes contra el gobierno sandinista, en el contexto de las hostilidades llevadas a cabo por éstos en territorio nicaragüense; y en cuanto a la imputabilidad a los Estados Unidos de los únicos comportamientos debidamente probados, en que órganos de dicho Estado habrían incurrido en conexión con las actuaciones de los “contras”.

Es la segunda vez, continúa Roberto Ago, que en un muy breve lapso de tiempo —el anterior sería el Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán de 1980—, la Corte ha tenido que tratar con cuestiones de responsabilidad internacional, y más específicamente, en casos en donde los principios aplicables conciernen problemas de imputabilidad, uno de los aspectos más delicados de toda la teoría de la responsabilidad.

Finaliza, Roberto Ago, lamentando que la Corte no haya aprovechado la ocasión para subrayar, con las apropiadas referencias, que confirmaba su toma de posición precedente en la argumentación teórica desarrollada en apoyo a la misma, a fin de bien enfatizar la continuidad y solidez de su jurisprudencia.<sup>63</sup>

### 5. *Cuestión del apoyo efectivo*

En cuanto a la cuestión de si Nicaragua habría aportado un apoyo activo a los grupos de oposición armada en El Salvador, la

<sup>63</sup> Véase Ago, Roberto, “Opinion Individuelle”, *OIJ, Recueil*, 1986, pp. 171-191.

Corte va a distinguir el periodo que separa la caída del régimen de Somoza en julio de 1979, y hasta los primeros meses de 1981, y el periodo que comienza a partir de marzo de 1981.

En referencia al primer periodo, la Corte concluye que el apoyo a la oposición armada de El Salvador, a partir de territorio nicaragüense, existió en forma efectiva mediante un flujo intermitente de armas.

En referencia al segundo periodo, la Corte se limita a constatar que las acusaciones de un tráfico de armas no fueron sólidamente establecidas y por ende no le permiten, en todo caso, arribar a la convicción que un flujo permanente y de una cierta significación haya podido existir después de los primeros meses de 1981.

En relación con lo anterior, se ha sostenido en la Declaración de Intervención de El Salvador que habría habido “un flujo constante de armas, municiones, medicamentos y ropa provenientes de Nicaragua”; El Salvador afirmó además sobre “la existencia de rutas de infiltración terrestre entre Nicaragua y El Salvador”. Suponiendo que hubieran existido pruebas sobre lo dicho, no se entendería por qué El Salvador, con pleno conocimiento de dichos envíos de armas y de sus itinerarios, no hubiera podido él mismo, o con la ayuda de los Estados Unidos, poner fin a un tráfico de tal naturaleza.

No existe duda alguna que los Estados Unidos y El Salvador desplegaban esfuerzos considerables para impedir toda infiltración de armas y toda forma de apoyo a la oposición armada de El Salvador proveniente de Nicaragua. Hasta donde tuvo conocimiento la Corte, no parece que hayan podido descubrir o interrumpir dichas infiltraciones y sus diversas formas de apoyo.

Luego entonces, la Corte no podía interpretar la ausencia de pruebas en cuanto al flujo de armas transfronterizas más que en una de las dos formas siguientes: o bien el mencionado tráfico existía, pero no era ni tan frecuente, ni tan considerable como lo afirma el Estado defensor, o bien ese tráfico pudo proseguirse sin el conocimiento y contra la voluntad de un gobierno que deseaba más bien que se interrumpiera. Si esta última conclusión,



señalaba la Corte, era totalmente válida frente a El Salvador y los Estados Unidos, debía ser, por lo menos, igualmente válida en relación con Nicaragua.<sup>64</sup>

## V. IMPUTABILIDAD NECESARIA

International laws concerning the status of mercenaries and the use of them —by warring parties— are extremely musky, due to the changing political atmosphere in which they have been drafted.

Elizabeth RUBIN

### 1. *Prueba de la imputabilidad*

Pero la Corte va todavía más allá, y señala que incluso suponiendo efectivamente establecida la existencia de una ayuda militar a la oposición armada en El Salvador y proveniente de territorio nicaragüense, faltaría todavía “probar” que dicha ayuda es imputable a las autoridades de este último país.

<sup>64</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 146-154. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala que si un Estado considera que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir (artículo 62, párrafo I). Pero también tiene derecho a intervenir en el proceso, cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados, además de las partes en litigio (artículo 63, párrafos I y II). En el primer caso, la intervención del Estado tercero es *facultativa* —invocando un interés jurídico en la controversia—, y la Corte decide libremente si se admite o no se admite. En el segundo caso, la intervención es de “derecho”, en el sentido que la Corte no tiene facultad decisoria con respecto a tal petición, y la sentencia será automáticamente oponible al Estado tercero. Véase Delbez, Louis, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.P.J., 1962, cap. IV, pp. 126-147. En el Caso Haya de la Torre (1951) incoado ante la CIJ, se admitió a Cuba como Estado en tercería, *CIJ, Recueil*, Colombia vs. Perú, 1951.

El Estado demandante, en efecto, nunca ocultó la posibilidad de que el armamento destinado a la oposición armada de El Salvador hubiera podido transitar a través de su propio territorio, pero lo que nunca admitió fue el hecho de que se tratara del resultado de una política gubernamental deliberada por parte suya.

No puede concluirse —recuerda la Corte su propia jurisprudencia— que por el sólo control ejercido por un Estado sobre su territorio, necesariamente haya conocido o debió haber conocido de todo hecho ilícito internacional que hubiere podido ser perpetrado ahí. Este hecho en sí mismo, e independientemente de otras circunstancias, no involucra ni su responsabilidad *prima facie*, ni el desplazamiento de la carga de la prueba.<sup>65</sup>

Si las pruebas existieran realmente, se podría pensar que los Estados Unidos habrían tomado ventaja de las mismas, ya sea para prevenir o desbaratar (*enrayer*) el tráfico de armas constante.

Habrían podido, por ejemplo, tomar ciertas disposiciones, para que patrullas fuertemente constituidas pudieran ser desplazadas a El Salvador o a Honduras, a todo lo largo de sus respectivas fronteras con Nicaragua.

Es difícil de aceptar la idea de que hubieran podido continuar llevando a cabo sus actividades militares y paramilitares en contra de Nicaragua, si éstas no hubieren tenido otro objetivo, como se pretendía, más que estar ejerciendo el derecho de legítima defensa colectiva.

## 2. Posibilidad de pruebas inexistentes

Si por el contrario, tales pruebas fueren inexistentes, ello significaría, como lo ha hecho ver la Corte, que el tráfico de armas era en realidad bastante insignificante y ocasional (*casual*), por lo que podía escapar a los sofisticados y perfeccionados medios técnicos instrumentados para su detección, y que *a fortiori*, podrían haber sido utilizados en contra de Nicaragua, como éste siempre lo sostuvo.

<sup>65</sup> Caso del Estrecho de Corfú, *CIJ, Recueil*, 1949, p.18, énfasis añadido.

La Corte tendría entonces, en este último caso, un motivo adicional para tomar en consideración la afirmación de Nicaragua. Resultaría claro, en efecto, que si el flujo de armas llegaba efectivamente a El Salvador, sin que Honduras, El Salvador o los Estados Unidos pudieran impedirlo, parecería en consecuencia un tanto irrazonable querer exigir al gobierno de Nicaragua, una diligencia superior a la que podrían alcanzar, conjugando sus esfuerzos, los tres Estados en cuestión.

En particular, el reproche que se formula en contra de Nicaragua en el sentido de dejar libremente el tránsito de transporte de armas, equivaldría para El Salvador el expreso reconocimiento de su incapacidad de poder poner término a dicho flujo armamentista, lo que sería revelador de la enorme dificultad que tiene todo gobierno, comprendido el de Nicaragua, en situaciones en que son confrontados con un tráfico de armas de esta naturaleza: su determinación de poner fin al mismo no parecería tener muchas posibilidades de éxito.

Más específicamente, añade la Corte, la misma acusación articulada en contra de Nicaragua significaría también, en la medida en que esta ayuda hubiere logrado transitar, esta vez, por territorio hondureño, que —país que no está bajo sospecha de querer ayudar a la oposición armada en El Salvador— nos brindaría involuntariamente la “prueba” de no ser absolutamente cierto que Nicaragua pueda, mejor que Honduras, poder oponerse a dicho tránsito clandestino.<sup>66</sup>

Se debe reconocer el esfuerzo que realiza la Corte para, en ausencia de la otra Parte, *i.e.* los Estados Unidos, ser lo más equitativa y justa que pueda, con los elementos, indicios y pruebas que logró allegarse en el curso del difícil y farragoso proceso en cuestión.

### 3. *Actori incumbit probatio*

Por otra parte, debe retenerse que el problema de la carga de la prueba en derecho interno está resuelto, *grosso modo*, por la tesis general de que a aquella persona que interpone la demanda

<sup>66</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 154-157.

y pone la justicia en marcha se le atribuye la parte más difícil: *actori incumbit probatio*. Este principio fundamental se ve complementado por el sistema de presunciones, es decir, por disposiciones legales de prueba, presunciones que pueden ser: *juris tantum* o *juris et de jure*. En derecho internacional, es cierto, la solución es menos clara y entonces la carga de la prueba debe ser buscada y desentrañada del derecho consuetudinario. Pero, además, en derecho interno hay una gradación de los diversos medios de prueba y de la fuerza probatoria que se les asigna a cada uno de ellos. Por el contrario, en derecho internacional no existe un principio rígido que realmente venga a limitar al juez internacional, y ya sea en el campo de la apreciación de la fuerza probatoria, o en el de los medios de elección de la prueba misma. Esta ductilidad del derecho internacional, resalta Louis Delbez, por oposición a la rigidez de las legislaciones nacionales, es absolutamente una característica del derecho internacional, y expresa perfectamente la moldeabilidad de las relaciones que se dan entre los Estados.<sup>67</sup>

#### 4. Eventualidad de no-complicidad

Los medios que poseían los gobiernos de la región eran substancialmente comparables, las dificultades de la geografía y oro-

<sup>67</sup> Véase Delbez, Louis, *op. cit.*, pp. 113-117. Véase también a Rosenne Shabtai, quien en la parte dedicada a la carga de la prueba sostiene que si bien debe admitirse en derecho internacional la prueba circunstancial (*circumstantial evidence*), ésta debe admitirse con el más extremado de los cuidados posibles. Véase Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, Sijthoff-Leyden, 1965, vol. 2, pp. 580-584.

Por otro lado, y en la opinión disidente del juez Ecer en el Caso del Estrecho de Corfú, éste señala, a propósito de los “indicios” enumerados en la Sentencia acerca de la conducta albanesa y a fin de probar si Albania, de alguna forma, habría podido tener conocimiento de la existencia del campo de minas: “...même si, «par inconcenssum», on admettait que ces indices justifient cette conclusion, il faudrait ajouter qu’ils justifient aussi la conclusion contraire...”. *Cfr. CIJ, Recueil*, 1949, p. 124.

Véase igualmente la obra de De Visscher, Charles, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, A. Pédone, 1966; en particular livre III, pp. 95-176.

grafía, y las particularidades propias a todo tráfico clandestino de armas, muestran simple y sencillamente que éste pudo haberse proseguido sin que las autoridades gubernamentales hubieren devenido cómplices del mismo.

Finalmente, prosigue la Corte, si es verdad que los importantes y excepcionales medios implementados por los Estados Unidos fueron importantes para prevenir el tráfico armamentista hacia la guerrilla salvadoreña, ello implica entonces, más nítidamente, la impotencia en la que se encontraría Nicaragua, quien disponía de recursos menos numerosos y eficaces para poder dominar dicho tráfico, si éste tomaba como vía su propio territorio, aun cuando las mismas autoridades trataran en vano de detenerlo.

De atenernos únicamente a los Estados de la región directamente involucrados, la Corte considera, en consecuencia, muy difícil y complejo tener a Nicaragua como automáticamente responsable de un tráfico de armas que se desarrollaría sobre su territorio, y por tanto de la hipótesis inversa a propósito de un tráfico semejante en relación con sus Estados vecinos.

Teniendo en cuenta las peculiares circunstancias que rodean y caracterizan esta parte de Centroamérica, la Corte piensa que es mucho más realista y conforme a toda verosimilitud, admitir que una actividad de esta naturaleza, siempre y cuando sea de una extensión limitada, puede perfectamente desplegarse sin el conocimiento del gobierno territorial.

## VI. RESPONSABILIDAD DE NICARAGUA *VIS-À-VIS* HONDURAS Y COSTA RICA

### 1. *Anexo a la Contramemoria de los Estados Unidos*

*Quid* de la cuestión relativa a la acusación según la cual Nicaragua habría sido responsable de ataques militares transfronterizos en contra de Honduras y de Costa Rica.

Los Estados Unidos habrían anexado a su *Contramemoria* sobre la jurisdicción y competencia de la Corte, *inter alia*, un docu-

mento intitulado “Resumen de las agresiones sandinistas en territorio hondureño en 1982”. Dicho documento enumera treinta y cinco incidentes que habrían sido acompañados de violaciones al territorio, a las aguas territoriales o al espacio aéreo de Honduras, así como diversos ataques y actos de asedio y hostigamiento en contra de la población o de patrullas hondureñas, en el periodo que corre del 30 de enero al 21 de agosto de 1982. En anexo, se encuentran igualmente copias de notas diplomáticas dirigidas por Honduras en contra de otros incidentes, que presuntamente se habrían igualmente producido en julio de 1983 y julio de 1984.

En el caso de Costa Rica, los Estados Unidos presentaron el texto de notas diplomáticas de protesta dirigidas por Costa Rica en contra de Nicaragua, en relación a incidentes acaecidos en septiembre de 1983, febrero de 1984 y abril del mismo año, así como una Nota proveniente de Costa Rica y dirigida a los Ministros de Relaciones Exteriores de Colombia, Panamá, México y Venezuela, en referencia a un incidente del 29 de abril de 1984, solicitando el envío de una misión de observadores.

## *2. Posición de la CIJ*

De nuevo, la Corte no dispone de ninguna clase de información sobre la manera en que, en el tiempo de lo supuestamente acontecido, Nicaragua hubiere reaccionado frente a dichos alegatos.

Así como ya había sido señalado en su momento por la Corte, las dos Partes en el proceso se avocaron sobretudo a la cuestión de la ayuda provista por el gobierno de Nicaragua a la oposición armada en El Salvador, en tanto que la agresión en contra de Honduras y Costa Rica permaneció un tanto cuanto a la sombra.

Pero la tesis según la cual dicha agresión habría justificado el ejercicio de la legítima defensa colectiva de parte de los Estados Unidos, constituye con todo y todo, un elemento en el expediente, y la Corte debe hacer constatar que durante la instancia

procesal oportuna, Nicaragua no aprovechó la ocasión que le era ofrecida para rechazar expresamente dichas acusaciones.

Así las cosas, y bien que no obre en su poder una información más completa, la Corte considera, como jurídicamente establecido, que ciertas incursiones militares transfronterizas, dentro del territorio de Honduras y del territorio de Costa Rica, deben ser legalmente imputables al gobierno de Nicaragua. Por lo demás, la Corte no ignora que la Fuerza Democrática Nicaragüense (FDN) operaba a lo largo de la frontera entre Nicaragua y Honduras, en tanto que la Alianza Revolucionaria Democrática (ARDE) operaba a través de la frontera costarricense.<sup>68</sup>

En un último de los alegatos a retener —brevemente— Nicaragua se queja de que el trato infligido a sus ciudadanos por Estados Unidos o fuerzas, actuando bajo su égida, ha violado igualmente el Tratado de 1956, por disponer éste que ambas Partes darían un “trato equitativo a sus respectivos ciudadanos”.

A este respecto, y como lo había ya indicado la Corte, la medida exacta del “control” resultante de la dependencia financiera de los “contras”, *vis à vis* las autoridades de los Estados Unidos, es bastante difícil de determinar con exactitud; a la Corte no le ha sido posible llegar a la conclusión de que los “contras” estuvieran a tal punto subordinados estrictamente al gobierno norteamericano, para poder sostener la imputabilidad al mismo, de todos y cada uno de sus actos.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> *CIJ, Recueil*, 1986, párrafos 161-164. En la etapa procesal del inicio de las audiencias en 1984, en relación a la cuestión de la competencia y admisibilidad, el agente de Nicaragua habría evocado los “pretendidos ataques de Nicaragua en contra de sus vecinos” para reiterar tales impugnaciones, como falsas y desestimando las mismas. *Ibidem*, párrafo 163.

<sup>69</sup> Es cierto que en derecho internacional es un grave y delicado problema la prueba de imputabilidad de actos de nacionales actuando presuntamente *ultra vires*, o de actos de personas que han sido respaldados o avalados por otro Estado. Las Comisiones Mixtas de Reclamaciones, verdaderos tribunales de arbitraje, entre México y Estados Unidos o México y Francia, sentaron ciertas bases que serían con el tiempo precedentes serios para la teoría y práctica de la responsabilidad internacional. Véanse por ejemplo los *Casos Caire* entre México y Francia (RSA, pp. 531 y ss.); el *Caso Chattin*, entre México y los Estados

### 3. *Grado de control, derecho humanitario y Comisión de Derecho Internacional*

Lo hasta ahora visto en relación al grado de control y el principio de efectividad que se desprende de un Estado y su responsabilidad, en referencia particular a los “contras”, es, en principio, contradicho por casos tristemente ya célebres, como lo es el Caso *Fiscal vs. Tadic*, fallado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en 1999.

Dusko Tadic’, agente de la policía serbio-bosnia, fue condenado a purgar una pena de veinte años en 1997, por crímenes contra la humanidad.

D. Tadic’ fue reconocido como culpable de haber dado muerte, torturado y violado, a musulmanes de varios campos de la región noroeste de Bosnia. Sin embargo, por interposición de una demanda de apelación proveniente del Procurador, D. Tadic’ fue condenado por la Sala de Apelaciones a veinticinco años de prisión (11-XI-99).<sup>70</sup>

Unidos (Decisión número 88, 1927); el *Caso Mallén* entre México y los Estados Unidos (Decisión número 65, 1927). Pero igualmente existe la posibilidad de que la responsabilidad de un Estado se vea comprometida por actos de sus nacionales u otras personas, si ulteriormente al hecho ilícito, se logra demostrar que el Estado en cuestión ha avalado de una u otra forma los comportamientos delictivos. Véase por ejemplo el Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (*CIJ, Recueil*, 1980). Para un serio estudio de la responsabilidad internacional, su evolución y su estado vigente, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional son la referencia indispensable bajo las Relatorías del F. V. García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen, G. Arengio Ruiz y James Crawford, quien en el año de 2001 pudo poner fin al *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. International Law Commission, Report*, 2001.

<sup>70</sup> Dusko Tadic, en su defensa, adujo con vehemencia la incompetencia del Tribunal Penal, invocando la primacía de la jurisdicción internacional sobre las jurisdicciones nacionales, lo cual, según su dicho, violaba notoriamente la soberanía de los Estados. Este pretendido alegato fue desde luego rechazado tanto por la Sala de Primera Instancia como por la Sala de Apelaciones. Véase “The Tadic Case” (IT-94-I-T), *Sentencing Judgement*, 14 July, 1997. *ILM* (1999), vol. 38. Véase Hampson, François J., “The International criminal tribunal for



En su comentario del artículo “Comportamiento bajo la dirección o control de un Estado”, la Comisión de Derecho Internacional, en su Informe sobre la Responsabilidad de los Estados (2001), subraya un importante pasaje del Tribunal en el Caso Tadic’:

En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares, es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares. El *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por qué en derecho internacional, se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias.<sup>71</sup>

La Sala de Apelaciones sostuvo que el grado necesario de control por las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas, es “un *control general* que va más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que entraña además una participación en la planificación de las operaciones militares”.<sup>72</sup>

En su razonamiento, apunta la Comisión de Derecho Internacional, la mayoría consideró necesario disentir del planteamiento adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto concerniente a las “Actividades militares, paramilitares en y contra Nicaragua”.

Sin embargo, la Comisión advertirá textualmente lo siguiente:

Las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua. El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no sobre la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto de que se trata no concernía a la responsabilidad, sino a las normas aplicables de derecho humanitario. Sea como fuere, hay que apreciar en cada

the former Yugoslavia and the reluctant witness”, *International and Comparative Law Quarterly*, January 1998.

<sup>71</sup> *ILM, op. cit.*, vol. 38, p. 1541, párrafo 117.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 1546, párrafo 145.

caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste (*sic*).<sup>73</sup>

Es absolutamente cierto que la Corte no responsabilizó al gobierno de Washington del pleno y total comportamiento de los “contras”, sino solamente algunos casos en particular le fueron imputables a los Estados Unidos; pero lo que no convence plenamente es el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, entre el *cas d’espèce* y el caso sometido al Tribunal Penal de la ex Yugoslavia.

El precepto de la Comisión, en relación al comportamiento bajo la dirección o control del Estado, reza del modo siguiente: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o grupo de personas, si esa persona o grupo de personas, actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento”.<sup>74</sup>

En cada caso habrán de considerarse los hechos, en particular los concernientes a la relación, dice la Comisión, “entre las instrucciones que se han dado, o la dirección, o el control ejercidos y el comportamiento específico denunciado”.

Los tres términos: “instrucciones”, “dirección” y “control” son disyuntivos, continúa apuntando la Comisión, y por ende basta con que se aporte la prueba de cualesquiera de ellos, y la de su vinculación con el presunto hecho ilícito para que se genere la responsabilidad internacional.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53 periodo de sesiones. Asamblea General. Doc. Of. 56 periodo. Suplemento N.10 (A/56/10). Naciones Unidas, Nueva York, 2001, p. 95.

<sup>74</sup> Artículo 8o., Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, p. 91.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 96 y 97. La codificación de la responsabilidad de los Estados fue elegida por la CDI desde su primer periodo de sesiones (1949), como siendo susceptible de codificación, y se nombró a F. V. García Amador como relator especial, entregando éste seis informes sucesivos (1956-1961). En 1963, la Comisión nombró como Relator Especial, al profesor Roberto Ago quien, de 1969 a 1979, entregó ocho informes. Al ser electo este último juez de la Corte,

## VII. PRINCIPIO DE NO-INTERVENCIÓN Y EL DERECHO DE INJERENCIA HUMANITARIA

What Woodrow Wilson and Ronald Reagan have in common is the conviction that it is better to intervene sooner than later.

Anthony D'AMATO

### 1. *Principio de no-intervención*

No cabe duda que el principio de no-intervención se fue configurando en el marco regional de América Latina, como reacción a las múltiples intervenciones no sólo de los Estados Unidos de América, sino también de parte de los Estados de Europa a lo largo del siglo XIX.

La Carta de la Organización de Estados Americanos codifica en su actual artículo 19 dicho principio:

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.<sup>76</sup>

la CDI nombró al profesor Willem Riphagen, quien entregaría siete informes en el lapso de 1980 a 1986. En su 39 periodo de sesiones, en 1987, la CDI designaría al profesor Gaetano Arangio-Ruiz como nuevo relator especial, el cual sometería a la Comisión ocho informes, de 1988 a 1996. A este último le sucedió el profesor James Crawford, quien sometió cuatro informes de 1998 al 2001, con las consecuentes observaciones de los gobiernos, y la evolución de la práctica estatal. Véase Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2002, p. 387.

<sup>76</sup> Véase Carta de la OEA suscrita en Bogotá en 1948, y reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985; por el Protocolo de Washington en

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas consagraría la no-injerencia en los asuntos internos de los Estados como uno de sus principales fundamentos, pero “restringiendo” dicho principio al debatible mantenimiento de la paz:

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII.<sup>77</sup>

Oppenheim-Lauterpacht señalaba:

La intervención como medio de resolver las controversias internacionales es solamente una categoría especial de intervención... Consiste en la interferencia dictatorial de un tercer Estado en una controversia entre otros dos, al objeto de resolver la controversia en la forma exigida por el Estado que interviene. Esta interferencia dictatorial tiene lugar con objeto de ejercer coacción sobre una o ambas partes en conflicto...<sup>78</sup>

1992 y por el Protocolo de Managua en 1993 y vigente desde el 25 de septiembre de 1997. OEA/Ser.A/STI (S.E.).

<sup>77</sup> Artículo 2o., párrafo VII. La restricción es de gran envergadura, ya que es el Consejo de Seguridad quien va a determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la misma o actos de agresión, decidiendo las medidas coercitivas que juzgue convenientes para reestablecer la paz y seguridad internacionales. Capítulo VII, artículos 39-42.

<sup>78</sup> Cfr. Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, 8a. ed., Barcelona, Bosh, 1961, t. II, vol. I, p. 156 y t. I, vol. I, cap. VI. Véase la obra clásica de Thomas and Thomas, *Non-Intervention, op.cit.*, en particular caps. IV, IX, XII, XIII. Véase Dinh, N. Quoc *et al.*, *Droit International Public*, quienes señalan: “En droit international général, peut-on considérer que le principe de non-intervention constitue la conséquence nécessaire et directe de deux pilliers du droit des relations internationales, le principe de souveraineté et celui de l'égalité des États qui en est l'indissociable conséquence” (p. 438). Sin embargo, advierten, con razón sobrada, que si no hay duda alguna de que el principio de no-intervención se encuentra sólidamente anclado en el derecho positivo, su alcance permanece incierto tanto por lo que concierne al

La Asamblea General de Naciones Unidas emitiría numerosas Resoluciones sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía, en donde se señalaría, entre otras obligaciones, el deber de todo Estado de abstenerse de promover, alentar o apoyar, directa o indirectamente las actividades de rebelión de otros Estados; el deber de evitar el entrenamiento, financiación o reclutamiento de mercenarios; el deber de abstenerse de toda campaña de difamación, calumnia o propaganda hostil realizada con fines de intervención o injerencia; el deber de abstenerse de todo intento de socavar la estabilidad de otro Estado o de cualquiera de sus instituciones.<sup>79</sup>

## 2. *No-intervención y el precedente del Caso Estrecho de Corfú*

En el famoso Caso del Estrecho de Corfú, la Corte Internacional de Justicia abordaría la segunda cuestión del “compromiso” (*Special Agreement*), relativo a las acciones de la Marina de Guerra Británica en aguas albanesas, el 12 y 13 de noviembre de 1946.

Se trataba aquí de la operación de dragado de minas, que en el juicio fue denominada por las Partes como *Operation Retail*.

Es dentro de este terreno que el gobierno británico buscó, en forma principal, establecer su sistema de defensa. Era necesario, de acuerdo con sus alegatos, asegurar el *corpora delicti* a la mayor brevedad, por temor a que fuesen ocultados, sin dejar trazas por los autores del dragado.

objeto como a las modalidades de la intervención prohibida. Véase *ibidem*, pp. 438-441.

<sup>79</sup> Véase Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: 31/91 del 14/XII/76; 32/153 de 19/XII/77; 33/74 del 15/XII/78; 34/101 del 14/XII/79; 35/159 del 12/XII/1980; 36/103 del 9/XII/1981 en números varios de *International Legal Materials*. Véase la insustituible obra del jurista Jorge Castañeda, *Valor de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, Colegio de México, 1967, *passim*.

Esta justificación, dijo la Corte, revistió en la argumentación del gobierno del Reino Unido, dos formas distintas. Ésta fue presentada, primeramente, como una aplicación particular y novedosa de la *teoría de la intervención*, mediante la cual el Estado interventor se aseguraría de la posesión de los medios de prueba en el territorio de un tercer Estado, para poder someterlos así a la justicia internacional y al mismo tiempo facilitarle a la Corte la tarea misma de presentación de pruebas.

La Corte no puede admitir un sistema o línea de defensa como el que se propone:

El pretendido *derecho de intervención* no puede ser considerado por la Corte, mas que como una manifestación de una política de fuerza, política que en el pasado dio lugar a los más graves abusos, y que cualesquiera que sean las deficiencias presentes de la organización internacional, no pueden encontrar lugar en el derecho internacional. Posiblemente la intervención es aún menos admisible en el caso presente, dado que, por la naturaleza misma de las cosas, estaría reservada a los Estados más poderosos, pudiendo fácilmente conducir a pervertir la administración de la propia justicia internacional.

Por lo demás, el agente del gobierno del Reino Unido, en su réplica oral, ha clasificado la «Operation Retail», como siendo uno de los procedimientos de autoprotección o *self-help*. La Corte tampoco puede aceptar esta línea de defensa. Entre Estados independientes el respeto a la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales.<sup>80</sup>

### 3. Presiones de tipo económico sobre Nicaragua

El gobierno de Washington, después de haber suspendido la ayuda económica y reducido además, substancialmente, la cuota de importación del azúcar (90 %) proveniente de Nicaragua, pre-

<sup>80</sup> CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou* (Fond), Arrêt du 9 avril 1949, *Recueil*, 1949, pp. 33-35 (énfasis añadido). Véase Chung (IY), *Legal problems involved in the Corfou Channel incident*, Genève, Droz, 1959.

sionado al BIRD y al BIB para no acordar préstamos al gobierno nicaragüense, emitiría el 1o. de mayo de 1985 un *Executive Order*, estableciendo la prohibición de importar o exportar mercancías provenientes y/o destinadas a Nicaragua, paralelamente con la prohibición de todo barco inmatriculado en ese país de arribar o atracar en puertos de los Estados Unidos y llevar a cabo cualquier tipo de transacciones.<sup>81</sup>

Sin embargo, para sorpresa de muchos, la Corte considera que todas estas medidas económicas adoptadas por los Estados Unidos en contra de Nicaragua no constituyen “violaciones al principio consuetudinario de no-intervención”.<sup>82</sup>

Esta postura, extremadamente formalista de la Corte, no se justifica cuando precisamente las medidas de apremio son de tal gravedad.

P. M. Eiseman, quien analiza con cuidado este punto de la controversia, señala que todo parece indicar que la Corte prefirió irse por un camino de una prudencia a ultranza, evitando abrir la caja de Pandora, para no ser atacada de avalar como injerencia ilícita toda presión de naturaleza o carácter económicos.<sup>83</sup>

A nadie escapa que la línea entre formas de apremio lícitas o formas de apremio ilícitas en el ámbito económico internacional, es muy difícil de trazar, o cuasi imposible, pero es precisamente este grave *handicap* que debe llevar al juez de la causa a analizar y ponderar caso por caso, en todo su contexto y concreción, los asuntos en litigio.

<sup>81</sup> Los Estados Unidos enviarían en la misma fecha una Nota Diplomática al gobierno sandinista en donde señalaban que las medidas económicas adoptadas eran como consecuencia de: “...The aggressive behavior of the Nicaraguan Government in Central America..., and the threat to regional and U.S. security that it represents, are incompatible with normal commercial relations between the two countries”, *International Legal Materials*, vol. XXIV, 1985, pp. 811-815.

<sup>82</sup> *CIJ, Recueil, op. cit.*, p. 126, párrafo 245.

<sup>83</sup> Véase P. M. Eiseman, “L’arrêt de la CIJ du 27 juin 1986 (fond) dans l’affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci”, *Annuaire Français de Droit International*, 1986, p. 184.

Precisamente porque en este terreno el principio de no-intervención se encuentra, como ya ha sido señalado, tan fuertemente impregnado de consideraciones de índole altamente políticas, que impiden la categorización jurídica y rígida de una tipología en derecho internacional, es por lo que las intervenciones indirectas y, muchas veces, disimuladas y no tan sutiles, son las que deben ser examinadas con el máximo rigor, cuidado y diligencia por parte de todo tribunal internacional.<sup>84</sup>

En este Caso de las Actividades Militares y Paramilitares, la Corte señaló, sin duda, que la intervención era *ilícita* cuando a propósito de la “elección” que debe permanecer libre, se utilizan medios de coerción, y precisando que era este elemento de coerción (*coertion, contrainte*), o coacción, el elemento constitutivo de la intervención prohibida, el elemento que formaba su esencia misma. Esto, precisaba, era particularmente evidente en el caso de una intervención con utilización de la fuerza.<sup>85</sup>

La precisión que formula la Corte es, como bien subraya Joe Verhoven, técnicamente inútil si la fuerza que se utiliza es la fuerza armada; sobra y basta que el uso de ésta, esté categóricamente prohibido en derecho.

Si la regla de no-intervención debe conservar un interés autónomo, no es por lo tanto mas que a condición de incriminar competencias que serían intrínsecamente lícitas, pero que la injerencia corrompe en forma substantiva.

<sup>84</sup> Véase Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 98-100. *Cfr.* Alland, Denis, *Droit International Public*, París, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 140-142 ; Corten, Olivier y Klein, Pierre, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction?*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 42-78.

Estos dos autores concluyen en una interpretación más bien extensiva —como ellos la llaman— del derecho soberano de cada Estado a “reaccionar” *vis-à-vis*, cuestiones que tomaron lugar o se desarrollaron al interior de un Estado. Esta interpretación la desprenden de una exégesis minuciosa del artículo 2o., párrafo VII, de la Carta de la ONU; toda reacción no coercitiva estaría, en principio, permitida, siempre y cuando no constituya un *ultimátum*.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafo 205.



No es por tanto la coerción objetivamente ejercida, sino la finalidad subjetivamente perseguida que va a ser entonces determinante.

El acto es ilícito, no porque en sí mismo se encuentre prohibido, sino porque el objetivo que lo inspira es incompatible con el debido respeto a la soberanía del Estado.

Sin duda alguna, continúa diciendo el profesor de la Universidad de Lovaina, que la regla de la no-intervención encuentra en dichos casos una utilidad cierta, ya que reviste de “ilegalidad” actos que habrían sido, *prima facie*, conformes a derecho, de no haberse perseguido precisamente, un objetivo intervencionista.<sup>86</sup>

#### 4. Injerencia humanitaria

Según el profesor Mario Bettati, la expresión “derecho de injerencia”, sin que exista de por medio una mayor precisión, está desprovista de todo “contenido jurídico”.

Sin embargo adquiere todo su significado desde el momento que va aparejada del adjetivo “humanitario”. Este último, por la finalidad que le asigna a la intervención, la priva de toda ilicitud en derecho internacional.<sup>87</sup>

El 14 de septiembre de 1989, el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Santiago de Compostela, adoptaría con base en el Informe del profesor Sperdutti, una Resolución sobre

<sup>86</sup> Véase Verhoven, Joe, “Non-intervention: «affaires intérieures» ou «vie privées»”, *Le Droit International au service de la Paix, de la Justice et du Développement, Mélanges Michel Virally*, París, Pédone, 1991, pp. 493-501.

Por su parte, Quincy Wright señalaba en su momento: “A basic rule of order protects states from aggression, that is, from armed invasion, but there are many other ways in which the government of a state, or persons in its territory, may injure another state or even threaten its existence. Propaganda, espionage, infiltration, corruption, sabotage, embargo...”. Véase Wright, Quincy, *The role of international law in the elimination of war*, Manchester University Press, Oceana Publications, 1961, cap. V, en particular pp. 69-76.

<sup>87</sup> Cfr. Bettati, Mario, “Un droit d’ingérence?”, *Révue Générale de Droit International Public*, t. 95, núm. 3, 1991, p. 644.

las relaciones entre los derechos humanos y la no-intervención, en virtud de la cual, el ofrecimiento por un Estado, grupo de Estados, organismos internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja, de socorros alimentarios o sanitarios, a un Estado cuya población se encuentra gravemente amenazada, no podría ser considerada como una intervención ilícita en los asuntos internos de un Estado, siempre que se concedan y distribuyan sin ninguna suerte de discriminación. En dichos casos, el Estado en cuestión no deberá rehusar arbitrariamente los ofrecimientos de tales recursos humanitarios.

Para Mario Bettati, además, debe tenerse muy en cuenta la Resolución 688 del Consejo de Seguridad, votada en el contexto de la Crisis del Golfo y de las oleadas de refugiados como consecuencia de la represión por Irak de las poblaciones kurdas y chií-tas. Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante sus resoluciones 43/131 y 45/100, está inserta en el mismo sentido y preocupación de encontrar una reacción rápida y efectiva de la comunidad internacional a las demandas de asistencia humanitaria provenientes de catástrofes naturales y de situaciones análogas de urgencia. En los años de 1990 y 1991, la misma Asamblea General propondría el establecimiento de los llamados “corredores de urgencia humanitaria” (Res. 45/100) y el reforzamiento de las operaciones de asistencia humanitaria en vinculación con los organismos de Naciones Unidas (Res. 46/182).<sup>88</sup>

##### 5. *Concepción del profesor Jean Touscoz*

El profesor Jean Touscoz confiesa el estado de confusión que reina en los debates relativos al deber o derecho de injerencia, y señala que esto se debe en gran parte al hecho de que las situa-

<sup>88</sup> Bettati, Mario, *op. cit.*, pp. 639-668. Con todo, el profesor M. Bettati no deja de lamentarse que en el plano latinoamericano siga existiendo un consensualismo particularmente agudo, en donde ni siquiera se toman en cuenta las resoluciones 43/131 y 45/100, y se organiza la cooperación interestatal sobre bases estrictamente voluntaristas (*sic*). *Ibidem*, pp. 667 y 668.

ciones son complejas y todas ellas muy diversas, aunado al hecho de la intervención de periodistas políticos y moralistas que toman parte en el debate sin un análisis serio y desprovisto de marcos conceptuales.

El jurista debe distinguir entre la “intervención” como consecuencia de una catástrofe natural, de aquella que se produce por conflictos internos. Esta última categoría se subdivide en varias otras, según la gravedad de los conflictos internos, según su naturaleza (persecución de minorías) y según la amenaza más o menos grave que puedan representar a la seguridad y paz internacionales.

Las intervenciones e injerencias deben también distinguirse en función de sus finalidades: las unas, puramente humanitarias y que permiten afrontar en un corto plazo una situación de emergencia, y las otras con finalidades meramente políticas, que tienden a influenciar en un sentido u otro, el juego de las fuerzas en presencia.<sup>89</sup>

Por el contrario, una intervención humanitaria, señala J. Touscoz, es aquella por la cual un tercer Estado interviene sobre el territorio de otro Estado, eventualmente por la fuerza, para proteger a los ciudadanos de este último, cuyos derechos fundamentales están gravemente amenazados, a fin de proteger su integridad física, poner un término a crímenes contra la humanidad, etcétera.

Evidentemente, en esta categoría, continúa J. Touscoz, el detrimento de la soberanía es mucho más fuerte y, para apoyar la licitud de una acción de esta naturaleza, el jurista debe echar mano de otras categorías, como sería el derecho y deber de asistencia a personas en grave peligro, derecho de paso humanitario, etcétera.

Finalmente debería también operarse una distinción entre intervenciones o injerencias impuestas, aceptadas, demandadas o solicitadas.<sup>90</sup>

Querámoslo o no, el problema mayor con el susodicho “derecho o deber de injerencia humanitaria”, es que, en el papel, la teo-

<sup>89</sup> Véase Touscoz, Jean, “Typologie des cas d’ingérence”, en Domestici-Met, Marie-Jose (ed.), *Aide Humanitaire Internationale: un consensus conflictuel?*, París, Université Aix-Marseille III, Economica, 1996, pp. 332-335.

<sup>90</sup> Véase Touscoz, Jean, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

ría y el debate, son un ensayo de tesis digna de encomio pero que tan pronto se traslada a la praxis internacional, la encomiable teoría deja ver su debilidad, confusión y sobre todo, el gran peligro y amenaza: so pretexto de una “injerencia humanitaria” pueden muy bien ocultarse objetivos y fines de una intervención netamente política e injerencista en los asuntos domésticos de los Estados.

Basta y sobra recordar intervenciones como las de la República Dominicana en 1965; la de la Isla Grenada en 1983 o la de Panamá en 1989-90, para que se vea con escepticismo y reticencia los alcances de dicha doctrina.

Incluso en los casos de Liberia (1990); Irak (1991-1992); Bosnia-Herzegovina (1992); Somalia (1992); Ruanda (1994) y Haití (1993-1994), el internacionalista Sean D. Murphy, después de un concienzudo análisis de estos casos, llega a la conclusión de que si se realiza una puntual disección de los mismos, la famosa doctrina del derecho de injerencia humanitaria revela problemas estructurales de fondo.

En el caso de Liberia, la operación fue llevada a cabo por Estados, operando no en sus capacidades individuales, sino a través de organizaciones regionales o subregionales, actuando con el conocimiento del Consejo de Seguridad y eventualmente con el apoyo del mismo.

La Comunidad Económica de Estados Africanos de Occidente (ECOWAS) pudo haber actuado en forma inconsistente con los preceptos del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pero esto no suprime el hecho de que se trató de una acción colectiva dentro del marco de una organización regional, y no puede por lo tanto presentarse como un precedente válido de una unilateral intervención humanitaria.<sup>91</sup>

En el caso de Irak, la autorización explícita de las Naciones Unidas pudo no haber existido, pero no cabe duda de que sí existió una autorización implícita, derivada ya sea de la Resolución

<sup>91</sup> Cfr. Murphy, D. Sean, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an evolving world order*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, pp. 145-281.

688 del Consejo de Seguridad o bien, derivada de la intervención en lo general de Naciones Unidas en los asuntos de competencia interna del Estado de Irak, en un ambiente post-bélico.

En el caso de Bosnia, todas las acciones fueron tomadas con el conocimiento del gobierno de Bosnia, reconocido internacionalmente, como respuesta a la agresión de un tercer Estado y por ende no pueden ser consideradas como una intervención, mucho menos como una intervención humanitaria.

Por lo que respecta a los casos de Somalia, Ruanda y Haití, existió una explícita autorización de las Naciones Unidas; por consiguiente tampoco aquí cabe la pretensión de elevarlos como precedentes de una intervención unilateral de tipo humanitario.

Independientemente de lo anterior, habría que hacer la diferencia en situaciones en donde ha existido un completo colapso de la autoridad gubernamental, como fue el caso de Somalia, Ruanda y Haití, y las otras situaciones o casos internacionales, ya que en los primeros no existía ni sombra de gobierno capaz de consentir o no la intervención efectuada.<sup>92</sup>

## 6. Opinión del jurista Jorge Castañeda

El ilustre iusinternacionalista Jorge Castañeda, en varios foros nacionales e internacionales, sostuvo siempre con vehemencia la validez del principio de no-intervención:

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 358-366. En el mismo sentido se pronuncia el catedrático Antonio Remiro Brotons, quien además recuerda la intervención armada de Vietnam en el territorio de Camboya (1978-1979) para derribar el régimen genocida de Pol-Pot. “Es difícil encontrar en la historia contemporánea un *currículum* más odioso de violaciones de derechos humanos fundamentales que el protagonizado por los «khmer rouges», bajo la dirección de este sujeto... Sin embargo el hecho de que Vietnam fuese un *guardián de zona* de la Unión Soviética pesó más a la hora de evaluar los hechos, que la liberación del pueblo camboyano de un gobierno opresivo que descansaba sobre sus propias bayonetas. Basándose en esa *legitimidad* y en el mantenimiento de la lucha, el «khmer rouge», conservó su reconocimiento en NU como representante de Camboya (a la que entonces se llamó Kampuchea) y la AG reclamó la retirada de las fuerzas extranjeras”. Véase Remiro Brotons, *Derecho internacional público*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 1062 y 1063.

...la objeción consistente en la imprecisión de los términos tiene muy escaso valor... Muchos términos jurídicos importantes tienen un sentido aproximado y no preciso. Deben ser interpretados razonablemente, de acuerdo con la época, el medio y la coyuntura política, económica, social o jurídica en que se apliquen. En todo caso la dificultad de definir con precisión ciertos términos... no podría utilizarse para invalidar el principio mismo de cierto tipo de coacción, cierto tipo de presión, [que] son, incuestionablemente, ilícitos y constituyen formas de intervención. El no calificarlo como tales, escudándonos tras la dificultad de definirlos, equivaldría a pretender legitimarlos.<sup>93</sup>

Por último, en el llamado Coloquio de Invierno, llevado a cabo en el auditorio Alfonso Caso de nuestra Universidad, en el año de 1992, Jorge Castañeda al referirse a la sesión de Santiago Compostela del Instituto de Derecho Internacional de 1989, y del grave problema de la violación de derechos humanos y la “injerencia humanitaria”, puntualizaba, con el mismo rigor, lo siguiente:

Obviamente, la situación en Europa es distinta que en Latinoamérica en esta materia. Nosotros no podríamos legitimar una intervención de organismos internacionales, y menos aún, de otros Estados en estos casos. Creo que México ha tenido toda la razón al limitar la acción internacional legítima (sólo de organismos internacionales) a los casos aislados de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. En este sentido debería continuar nuestra acción futura.<sup>94</sup>

Toda glosa o comentario adicional a lo anterior, sale sobrando.

<sup>93</sup> Véase Castañeda, Jorge, “El principio de no-intervención”, *Obras completas*, México, Instituto Matías Romero-SER-Colegio de México, vol. I, p. 540.

<sup>94</sup> Véase Castañeda, Jorge, “México y el nuevo orden mundial: actualidad y perspectivas”, *México y los cambios de nuestro tiempo*, México, UNAM-Conaculta-Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 259-277.

### VIII. SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El 27 de junio de 1986, la Corte Internacional de Justicia emitió su Sentencia respecto al Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua.

La Corte Internacional de Justicia:

I. Decide que, para dirimir el diferendo interpuesto por la República de Nicaragua por demanda del 9 de abril de 1984, la Corte ha debido aplicar la “reserva relativa a los tratados multilaterales” constitutiva de la reserva c) de la Declaración de Aceptación de Jurisdicción hecha por el gobierno de los Estados Unidos de América conforme al artículo 36, párrafo II del Estatuto.

II. Rechaza la justificación de legítima defensa colectiva mantenida por los Estados Unidos y relativa al presente Caso.

III. Decide que los Estados Unidos, al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer las fuerzas “contras”, alentando, apoyando y asistiendo de cualquier otra forma, las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, violaron la obligación que les impone el derecho internacional consuetudinario de no intervenir (*not to intervene*) en los asuntos de otro Estado.

IV. Decide que los Estados Unidos, por ciertos ataques efectuados en territorio nicaragüense en 1983-1984, contra Puerto Sandino el 13 y 14 de octubre de 1983, contra Corinto el 10 de octubre de 1983, contra la base naval de Potosí el 4 y 5 de enero de 1984, contra San Juan del Sur el 2 de marzo de 1984 y contra San Juan del Norte el 9 de abril de 1984, así como por los actos de intervención implicando el empleo de la fuerza armada en contra de Nicaragua, violaron la obligación que les impone el derecho internacional consuetudinario de no recurrir a la fuerza en contra de un tercer Estado.

V. Decide que los Estados Unidos, al ordenar o autorizar el sobrevuelo en territorio nicaragüense, así como por los actos que le son imputables en contra de Nicaragua, han violado la obligación que les impone el derecho internacional consuetudinario de no transgredir o vulnerar la soberanía de un tercer Estado.

VI. Decide que al colocar minas en las aguas interiores o territoriales de Nicaragua, en el transcurso de los primeros meses de 1984, los Estados Unidos violaron las obligaciones que les impone el derecho internacional consuetudinario, de no recurrir a la fuerza contra otro Estado, de no-intervención, de no vulnerar la soberanía y de no interrumpir el comercio marítimo.

VII. Decide que los Estados Unidos han actuado en contra de Nicaragua, violando sus obligaciones que se desprenden del artículo XIX del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado en Managua el 21 de enero de 1956.

VIII. Decide que los Estados Unidos, al no señalar la existencia, colocación y lugar de las minas en cuestión, violaron las obligaciones específicas que les impone el derecho internacional consuetudinario.

IX. Encuentra que los Estados Unidos, al generar en 1983 un manual intitulado "Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas" y al distribuirlo entre las fuerzas "contras", alentaron a éstas a cometer actos contrarios al derecho internacional humanitario; pero no encuentra elementos suficientes que le permitan concluir que los actos de esta naturaleza que hubieren podido ser cometidos, pudieran ser imputables a los Estados Unidos en tanto que hechos de los Estados Unidos.

X. Decide que los Estados Unidos, por los ataques contra el territorio de Nicaragua y por el embargo general sobre el comercio impuesto contra Nicaragua el 1o. de mayo de 1985, cometieron actos calculados de naturaleza a privar de su objeto y fin al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre las Partes el 21 de enero de 1956.

XI. Decide que los Estados Unidos, por los ataques contra el territorio de Nicaragua referido en el subpárrafo 4 anterior y por el embargo general sobre el comercio contra Nicaragua impuesto el 1o. de mayo de 1985, violaron las obligaciones derivadas del artículo XIX del Tratado de 1956.

XII. Decide que los Estados Unidos tienen la obligación de poner inmediatamente fin y de renunciar a todo acto constitutivo



de una violación de las obligaciones jurídicas mencionadas con antelación.

XIII. Decide que los Estados Unidos están bajo la obligación de reparar todo perjuicio o daño (*injury*) causado a Nicaragua por la violación de las obligaciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario anteriormente mencionadas.

XIV. Decide que los Estados Unidos están bajo la obligación de reparar todo perjuicio o daño causado a Nicaragua por las violaciones cometidas al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado entre las Partes el 21 de enero de 1956.

XV. Decide que las formas y el monto de dicha reparación serán determinadas por la Corte en el caso en que las Partes no pudieran ponerse de acuerdo sobre esta cuestión y reserva a este efecto el subsecuente procedimiento del Caso.

XVI. Recuerda a las dos Partes la obligación que tienen de buscar una solución de sus diferendos por medios pacíficos conforme al derecho internacional.<sup>95</sup>

<sup>95</sup> La Corte Internacional de Justicia estuvo conformada por los jueces: Nagendra Sing, Lacharrière, Lachs, Ruda, Elías, Oda, Ago, Sette-Camara, Schwebel, Jennings, Mbaye, Bedjaoui, Ni, Evensen, Colliard como juez *ad hoc*. *Recueil, op. cit.*, pp. 146-150.

